

المُعْنَى

لابن قدامة

تأليف

أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

المولود ٥٤١ هـ - ١١٤٦ م
المستوفى ٦٤٠ هـ - ١٢٤٣ م

على مختصر

أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرمي
المستوفى ٣٣٤ هـ

مع تحقيق فضيلة الدكتور

طه محمد الزبي

الأستاذ بالأزهر

الجزء الرابع

الناشر

مكتبة القاهلة

لصاحبها، على يوسف سليمان
بشارع الصحافة، عمان، الأردن
مستوفى الإصدار ٩١٦ هـ

١٩٦٩ — ١٣٨٩

مطابع سجل العرب

باب الربا والصرف

الربا في اللغة : هو الزيادة . قال الله تعالى (٢٢ : ٥ فَإِذَا أُنْزِلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَزَّتْ وَرَبَتْ) وقال (١٦ : ٩٢ أَنْ تَكُونَ أُمَّةٌ هِيَ أَرْبَى مِنْ أُمَّةٍ) أى أكثر عدداً ، يقال : أربى فلان على فلان إذا زاد عليه .

وهو في الشرع الزيادة في أشياء مخصوصة . وهو محرم بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَحَرَّمَ الرِّبَا) وما بعدها من الآيات .

وأما السنة : فروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ . قيل يارسول الله ما هي ؟ قال الشُّرك بالله ، والسَّخَرُ ، وقتل النفس التي حَرَّمَ الله إِلَّا بِالْحَقِّ ، وأَكْلُ الرِّبَا ، وأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ ، وَالتَّوَلَّى يَوْمَ الزَّحْفِ ، وَقَذْفُ الْحَصَنَاتِ الْمَائِلَاتِ » وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ لَعَنَ آكِلَ الرِّبَا وَمَوْكَلَهُ وَشَاهِدَيْهِ وَكَاتِبَهُ » متفق عليهما ، في أخبار سوى هذين كثيره . وأجمعت الأمة على أن الربا محرم .

٢٧٩٤ (فصل) والربا على ضربين : ربا الفضل ، وربا النسيئة . وأجمع أهل العلم على تحريمهما . وقد كان في ربا الفضل اختلاف بين الصحابة فحكى عن ابن عباس ، وأُسامة بن زيد ، وزيد بن أرقم ، وابن الزبير أنهم قالوا « إنما الربا في النسيئة . لقوله عليه السلام : لا ربا إلا في النسيئة » رواه البخاري . والمشهور من ذلك قول ابن عباس . ثم إنه رجع إلى قول الجماعة . روى ذلك الأثرم بإسناده وقاله الترمذي ، وابن المنذر ، وغيرهم . وقال سعيد بإسناده عن أبي صالح ، قال « صَحَّبتُ ابْنَ عَبَّاسٍ حَتَّى مَاتَ . قَوْلاً لَهِ : قَوْلَ اللَّهِ مَارَجَعَ عَنِ الصَّرْفِ » وعن سعيد بن جبير قال « سَأَلْتُ ابْنَ عَبَّاسٍ قَبْلَ مَوْتِهِ بِعَشْرِينَ لَيْلَةً عَنِ الصَّرْفِ ؟ فَلَمْ يَرِ بِهِ بَأْسًا . وَكَانَ يَأْمُرُ بِهِ » والصحيح قول الجمهور . لحديث أبي سعيد الخدري أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ « لَا تَبْدِيعُوا الدَّهَبَ بِالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَلَا تُشْفَوْ^(١) بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبْدِيعُوا الْوَرِقَ^(٢) بِالْوَرِقِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَلَا تُشْفَوْا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبْدِيعُوا غَائِبًا بِنَاجِزٍ »

(١) تشفوا : بضم التاء ماضيه أشفى ، ومعناه أشرف وارتفع ، والمراد لا ترتفعوا بعضها على بعض ، أى لا تبعوها بعضها مشرفاً ومرتفعاً على بعض أى زائداً عليه .

(٢) الورق : بفتح الواو مع فتح الراء وكسرهما الدرام المضروبة ، وهى من الفضة ، وكسر الراء أشهر من فتحها

وَرَوَى أَبُو سَعِيدٍ أَيْضًا قَالَ «جَاءَ بِلَالٌ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِتَمْرٍ بَرْنِيٍّ^(١) فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : مِنْ أَيْنَ هَذَا يَا بِلَالُ ؟ قَالَ : كَانَ عِنْدَنَا تَمْرٌ رَدِيٌّ فَبِعْتُ صَاعَيْنِ بِصَاعٍ لِيَطْعَمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْه^(٢) ، عَيْنُ الرَّبَا ، عَيْنُ الرَّبَا . لَا تَفْعَلْ ، وَلَسَكِنْ إِنْ أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فَبِيعِ التَّمْرَ بِدَبْيَعٍ آخَرَ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ » متفق عليهما ، قال الترمذى : على حديث أبي سعيد العمل عند أهل العلم ، من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، وغيرهم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا رَبَا إِلَّا فِي النَّسَبَةِ » محمول على الجنتين .

٢٧٩٥ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﷺ وكل ما كيل ، أو وزن من سائر الأشياء ، فلا يجوز التفاضل فيه ، إذا كان جنسًا واحدًا ﷻ

قوله « من سائر الأشياء » يعنى من جميعها . وَضَعَ سَائِرَ مَوْضِعَ جَمِيعَ تَجَوُّزًا . وموضوعها الأصلية لبقى الشيء ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في الربا أحاديث كثيرة . ومن أمثها ما روى عبادة بن الصامت ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، والتمر بالتمر مثلاً بمثل ، والبر بالبر مثلاً بمثل ، والملح بالملح مثلاً بمثل ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، فمن زَادَ أَوْ ازْدَادَ فَقَدْ أَرْنَى ، بَيَّعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَبَيَّعُوا الْبُرَّ بِالْتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَبَيَّعُوا الشَّعِيرَ بِالْتَّمْرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » رواه مسلم ، فهذه الأعيان المنصوص عليها يثبت الربا فيها بالنص والإجماع .

واختلف أهل العلم فيما سواها ، فحكى عن طاوس ، وقتادة : أنهما قصرَا الربا عليها . وقالوا : لا تجرى في غيرها . وبه قال داود ، ونفاة القياس . وقالوا : ما عداها على أصل الإباحة . لقول الله تعالى (٢ : ٢٧٥) وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) واتفق القائلون بالقياس على أن ثبوت الربا فيها بعلّة ، وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علتهما ، لأن القياس دليل شرعى . فيجب استخراج علّة هذا الحكم ، وإثباته في كل موضع وجدت علته فيه ، وقول الله تعالى (٢ : ٢٧٥) وَحَرَّمَ الرِّبَا) يقتضى تحريم كل زيادة ، إذ الربا فى اللغة الزيادة ، إلا ما أجمعنا على تخصيصه ، وهذا يمارض ما ذكره .

ثم اتفق أهل العلم على أن ربا الفضل لا تجرى إلا فى الجنس الواحد ، إلا سعيد بن جبير . فإنه قال : كل شيئين يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ، كالحنطة بالشعير ، والتمر بالزبيب ،

(١) البرنى : نوع جيد من التمر معروف عند العرب ، ونفط برنى أعجمى معرب ، وأصله فى الأعجمية (برنيك) بفتح الباء وكسر الراء والتون ، ومعناه الحمل الجيد

(٢) أوه : بفتح الهمزة وسكون الواو وضم الهاء وفتحها وكسرها : كلمة تنال عند التأمل . وفيها لغات أخرى .

والذرة بالدُّخْنِ . لأنهما يتقارب نفعهما ، فجريا مجرى نوعي جنس واحد . وهذا يخالف قول النبي صلى الله عليه وسلم « يَبْعُوهَا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ بِدَأْ يَبِيدَ ، وَيَبْعُوهَا الْبُرَّ بِالْتَمَرِ كَيْفَ شِئْتُمْ » فلا يُعْمَلُ عَلَيْهِ . ثُمَّ يُبْطَلُ بِالذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ . فَإِنَّهُ يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِيهِمَا مَعَ تَقَارُبِهِمَا .

وَاتَّفَقَ الْمُعَلَّلُونَ عَلَى أَنَّ عِلَّةَ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَاحِدَةٌ وَعِلَّةُ الْأَعْيَانِ الْأَرْبَعَةِ وَاحِدَةٌ ، ثُمَّ اخْتَلَفُوا فِي عِلَّةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . فَرَوَى عَنْ أَحَدٍ فِي ذَلِكَ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ . أَشْهَرُهُنَّ : أَنَّ عِلَّةَ الرِّبَا فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ كَوْنُهُ مُوزُونٌ جِنْسٍ ، وَعِلَّةُ الْأَعْيَانِ الْأَرْبَعَةِ مَسْكِيلُ جِنْسٍ . نَقَلْنَا عَنْ أَحَدِ الْجَمَاعَةِ . وَذَكَرَهَا الْخِرَاقِيُّ ، وَابْنُ أَبِي مُوسَى ، وَأَكْثَرُ الْأَصْحَابِ . وَهُوَ قَوْلُ النَّخَعِيِّ ، وَالزَّهْرِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . فَعَلَّ هَذِهِ الرِّوَايَةُ يَجْرِي الرِّبَا فِي كُلِّ مَسْكِيلٍ ، أَوْ مُوزَنٍ بِجِنْسِهِ ، مَطْعُومًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مَطْعُومٍ ، كَالْحَبُوبِ ، وَالْأَشْنَانِ ، وَالنُّورَةِ ، وَالْقُطْنِ ، وَالصُّوفِ ، وَالسَّكْتَانِ ، وَالْوَرَسِ ، وَالْحِنَاءِ ، وَالصُّغُرِ ، وَالْحَدِيدِ ، وَالنُّجَاسِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ . وَلَا يَجْرِي فِي مَطْعُومٍ لَا يُكَالُ ، وَلَا يُوزَنُ . لِمَا رَوَى ابْنُ عَرَبٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « لَا تَبْعُوهَا الدِّينَارَ بِالدِّينَارَيْنِ ، وَلَا الدَّرْهَمَ بِالدِّرْهَمَيْنِ ، وَلَا الصَّاعَ بِالصَّاعَيْنِ . فَإِنِّي أَخَافُ عَلَيْكُمْ الرَّمَاءَ » - وَهُوَ الرِّبَا - فَقَامَ إِلَيْهِ رَجُلٌ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَبِيعُ الْفَرَسَ بِالْأَفْرَاسِ ؟ وَالنَّجِيَّةَ بِالْإِبِلِ ؟ فَقَالَ : « لَا بَأْسَ إِذَا كَانَ يَدَأُ يَبِيدَ » رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ فِي الْمُسْنَدِ ، عَنْ ابْنِ حَبَّانَ ، عَنْ أَبِيهِ عَنْ ابْنِ عَمْرٍ . وَعَنْ أَنَسٍ أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ « مَا وَزَنَ مِثْلًا بِمِثْلٍ إِذَا كَانَ نَوْعًا وَاحِدًا ، وَمَا كَيْلَ مِثْلًا بِمِثْلٍ إِذَا كَانَ نَوْعًا وَاحِدًا » رَوَاهُ الدَّارِقُطِيُّ ، وَرَوَاهُ عَنْ ابْنِ صَاعِدٍ ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ حَنْبَلٍ ، عَنْ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَيُّوبَ ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَيَّاشٍ ، عَنْ الرَّبِيعِ ، عَنْ صَبِيحٍ ، عَنْ الْحَسَنِ ، عَنْ عُبَادَةَ ، وَأَنَسٍ ، عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : وَقَالَ : لَمْ يَرَوْهُ عَنْ أَبِي بَكْرٍ هَكَذَا غَيْرُ مُحَمَّدَ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ أَيُّوبَ ، وَخَالَفَهُ ، غَيْرُهُ فَرَوَاهُ بِلَفْظٍ آخَرَ ، وَعَنْ عَمَّارٍ أَنَّهُ قَالَ : « الْعَبْدُ خَيْرٌ مِنَ الْعَبْدَيْنِ ، وَالتَّوْبُ خَيْرٌ مِنَ التَّوْبَيْنِ ، فَمَا كَانَ يَدَأُ يَبِيدَ فَلَا بَأْسَ بِهِ ، إِنَّمَا الرِّبَا فِي الذَّنَاءِ إِلَّا مَا كَيْلَ أَوْ وَزَنَ » وَلَآنَ قَضِيَّةُ الْبَيْعِ الْمَسَاوَةِ ، وَالْمُؤَثَّرُ فِي تَحْقِيقِهَا السَّكِيلُ ، وَالْجِنْسُ . فَإِنَّ الْوِزْنَ أَوْ السَّكِيلَ يُسَوِّى بَيْنَهُمَا صَوْرَةً ، وَالْجِنْسُ يُسَوِّى بَيْنَهُمَا مَعْنًى . فَكَانَا عِلَّةً . وَوَجَدْنَا الزِّيَادَةَ فِي السَّكِيلِ مُحَرَّمَةً دُونَ الزِّيَادَةِ فِي الطَّعْمِ ، بِدَلِيلِ بَيْعِ الثَّقِيلَةِ بِالْخَفِيفَةِ ، فَإِنَّهُ جَائِزٌ إِذَا تَسَاوَا فِي السَّكِيلِ .

وَالرِّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ : أَنَّ عِلَّةَ فِي الْأَتْمَانِ الثَّمَنِيَّةِ ، وَفِيهَا عِدَاهَا كَوْنُهُ مَطْعُومَ جِنْسٍ ، فَيَخْتَصُّ بِالْمَطْعُومَاتِ ، وَيَخْرُجُ مِنْهُ مَا عِدَاهَا ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ : رَوَى ذَلِكَ عَنْ أَحَدِ جَمَاعَةٍ ، وَنَحْوَهُ هَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . فَإِنَّهُ قَالَ : الْعِلَّةُ الطَّعْمُ ، وَالْجِنْسُ شَرْطٌ ، وَالْعِلَّةُ فِي الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ : جَوْهَرَةُ الثَّمَنِيَّةِ غَالِبًا فَيَخْتَصُّ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ . لِمَا رَوَى مَعْمَرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ : « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ بِالطَّعَامِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ »

رواه مسلم ، ولأن الطعم وصفٌ شرف ، إذ بها قِوامُ الأموال ، فيقتضى التعليل بهما ، ولأنه لو كانت العلة في الأثمان الوزن لم يجز إسلامهما في الموزونات . لأن أحدَ وصفي علة ربا الفضل يكفي في تحريم النساء .

والرواية الثالثة : العلة فيما عدا الذهب والنضة ، كونه مطعوم جنس ، مكيلاً أو موزوناً . فلا يجري الربا في مطعوم لا بسكال ، ولا بوزن ، كالنقاع والرتمان ، والخوخ والبطيخ ، والكمثرى ، والأترج ، والسفرجل ، والأجاص ، والخيار ، والجوز ، والبنيض ، ولا فيما ليس بمطعوم ، كالزعفران ، والأشنان ، والحديد ، والرصاص ، ونحوه ، ويروى ذلك عن سعيد بن المسيب . وهو قديم قوي الشافعي ، لما روى عن سعيد بن المسيب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : «لَا رِبَا إِلَّا فِيمَا كَيْلٌ ، أَوْ وَزْنٌ مِمَّا يُؤْكَلُ أَوْ يُشْرَبُ» أخرجه الدراقطني ، وقال : الصحيح : أنه من قول سعيد . ومن رفعه فقد وهم ، ولأن لسكل واحد من هذه الأوصاف أثر . والحكم مقرون بجميعها في المنصوص عليه . فلا يجوز حذفه ، ولأن الكيل ، والوزن ، والجنس ، لا يقتضى وجوب المائلة ، وإنما أثره في تحقيقها في العلة ما يقتضى ثبوت الحكم ، لا ما تحقق شرطه ، والطعم مخرجٌ لا تحتقن المائلة به ، لعدم المعيار الشرعي فيه ، وإنما تجب المائلة في المعيار الشرعي ، وهو الكيل والوزن ، ولهذا وجبت المساواة في الكيل كيلاً ، وفي الموزون وزناً . فوجب أن يكون الطعم معتبراً في الكيل ، دون غيرها . والأحاديث الواردة في هذا الباب يجب الجمع بينها ، وتقيد كل واحد منها بالآخر ، فهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام إلا مثلاً بمثل ، بتقيد بما فيه معيار شرعي ، وهو الكيل ، والوزن . ونهى عن بيع الصاع بالصاعين بتقيد بالمطعم المنهى عن التفاضل فيه ، وقال مالك : العلة القوت ، أو ما يصلح به القوت ، من جنس واحد من المدخرات ، وقال ربيعة : يجري الربا فيما تجب فيه الزكاة دون غيره ، وقال ابن سيرين : الجنس الواحد علة . وهذا القول لا يصح . لقول النبي صلى الله عليه وسلم في بيع الفرس بالأفراس ، والنجيبة بالإبل «لَا بَأْسَ بِهِ إِذَا كَانَ يَدَأُ بِيَدٍ» وروى «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ابْتِاعَ عَبْدًا بَعْدَيْنٍ» رواه أبو داود ، والترمذي ، وقال : هو حديث حسن ، صحيح ، وقول مالك يذوق بالحطب ، والإدام يستصلح به القوت ، ولا ربا فيه عنده^(١) ، وتعليل ربيعة يتمكس بالملح ، والعكس لازم عند اتحاد العلة .

والحاصل : أن ما اجتمع فيه الكيل ، والوزن ، والطعم من جنس واحد ففيه الربا ، رواية واحدة ،

(١) ينبغي حمل قول مالك (ما يصلح به القوت) على ما يدخل في القوت عند أكله ، فيجب أن يكون ما يصلح به القوت مطعوماً ، لا خارجاً عن المطعوم كالوقود مثلاً ، وبذلك لا يذوق قوله بالحطب والفحم والبتول ونحوها ، لأنها ليست داخلة في المطعوم .

كالأرز، والدُّخْن، والذرة، والقَطَنِيَّاتِ^(١)، والدُّهْن، وَالْخَلَّة، واللَّحْم، ونحوه. وهذا قول أكثر أهل العلم، قال ابن المنذر: هذا قول علماء الأمصار في القديم، والحديث، سوى قَتَادَةَ: فإنه بلغني أنه شذَّ عن جماعة الناس، فقَصَّرَ تحريمَ التفاضل على السَّعةِ الأشياء. وما انعدم فيه السَّكِلُ، والوزن، والطَّمْمُ، واختلفَ جنسُه فلا ريباً فيه، روايةً واحدةً. وهو قول أكثر أهل العلم، كالتين، والتوى، والفت، والماء، والطَّيْنِ الأرمَنِ، فإنه يُؤْكَلُ دَوَاءً، فيكونُ موزوناً ما كولاً. فهو إذاً من القسم الأول. وما عداها إنما يُؤْكَلُ سَفَهًا، فخرى تجرى الرَّمْلُ وَالْحَصَا. وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعائشة «لَا تَأْكُلِي الطَّيْنَ. فَإِنَّهُ يُصَفَّرُ اللَّوْنُ» وما وجد فيه الطَّمْمُ وحده، أو السَّكِلُ، أو الوزن من جنس واحد ففيه روايتان. واختلف أهل العلم فيه. والأولى إن شاء الله تعالى: حمله، إذ ليس في تحريمه دليل موثوق به، ولا معنى يَنبَغِي التمسُّكُ به. وهي مع ضعفها يُعارض بعضها بعضاً، فوجب إطرأها، أو الجمع بينهما، والرجوع إلى أصل الحِلِّ الذي يقتضيه الكتاب، والسَّعة، والاعتبار. ولا فرق في المَطْمومات بين ما يؤكل قوتاً، كالأرز، والذرة، والدخن، أو أذماً، كالقَطَنِيَّاتِ، واللبن، واللحم، أو تفككها كالنَّار، أو تدابواً كالإِهْلِيلِج، والقمونيا. فإِنَّ السَّكِلَ في باب الربا واحد.

٢٧٩٦ (فصل) وقوله ما كيل، أو وزن، أى ما كان جنسُه مَكِيلًا، أو موزونًا، وإن لم يأت فيه كيل، ولا وزن، إنما لفظه، كالخبث، والخبثين، والخنف والخنفين، وما دون الأرزقة من الذهب، والفضة، أو لكثيرته كالزُّبْرَةِ^(٢) العظيمة، فإنه لا يجوز بيعُ بعضه ببعض، إلا مثلاً بمثل، وبحرم التفاضل فيه، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق، وابن المنذر. ورخص أبو حنيفة في بيع الخنف بالخنفين، والخبث بالخبثين، وسائر المكيل الذي لا يتأتى كيلُه، ووافق في الموزون. واحتج بأن العلة السَّكِلُ ولم يوجد في اليسير.

وأما: قول النبي صلى الله عليه وسلم «التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ، مَنْ زَادَ أَوْ أَزْدَادَ، فَقَدْ أَرَبَى» ولأن ما جرى الربا في كثيره جرى في قليله، كالموزون.

٢٧٩٧ (فصل) ولا يجوز بيع ثمرة بثمرة، ولا حَفَنَةٍ بِحَفَنَةٍ. وهذا قول الثوري. ولا أعلمه منصوصاً عليه. ولكنه قياس قولهم. لأن ما أصله السَّكِلُ لا تجرى المائلة في غيره.

٢٧٩٨ (فصل) فأما ما لا وزن للصناعة فيه كالمبول الحديدي، والرصاص، والنحاس، والقطن، والسكتان،

(١) القطنيات: بضم القاف وكسرهما مع سكون الفاء، الحبوب التي تطبخ كالعدس والفول والحمص.

(٢) الزبرة العظيمة القطعة العظيمة.

والصوف ، والإبريسم^(١) فالنصوص عن أحمد في الثياب والأكسية أنه لا يجرى فيها الربا . فإنه قال : لا بأس بالثوب بالثوبين ، والكساء بالكساءين . وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال : لا يُباع الفأس^(٢) بالفأسين ، ولا السكين بالسكينين ، ولا إبرة بإبرتين ، أصله الوزن ، ونقل القاضي حكم إحدى المسألتين إلى الأخرى . فجعل فيهما جميعاً روايتين :

إحداهما : لا يجرى في الجميع . وهو قول الثوري ، وأبي حنيفة ، وأكثر أهل العلم لأنه ليس بموزون ، ولا مكيل . وهذا هو الصحيح . إذ لا معنى لثبوت الحكم مع انتفاء العلة ، وعدم النقص ، والإجماع فيه .

والثانية : يجرى الربا في الجميع . اختارها ابن عقيل . لأن أصله الوزن . فلا يخرج بالصناعة عنه ، كالخبز ، وذكر أن اختيار القاضي : أن ما كان يقصد وزنه بعد عمله ، كالأسطال^(٣) ففيه الربا ، وما لا فلا .

٢٧٩٩ (فصل) ويجرى الربا في لحم الطير ، وعن أبي يوسف : لا يجرى فيه ، لأنه يُباع بغير وزن . ولنا : أنه لحم ، يجرى فيه الربا ، كسائر اللحان ، قوله : لا يوزن ، قلنا : هو من جنس ما يُوزن ، ويُقصد ثقله ، وتختلف قيمته بثقله ، وخِفته . فأشبه ما يُباع من الخبز بالعدد .

٢٨٠٠ (فصل) والجديد والردى والتبخر ، والمضروب ، والصحيح ، والمكسور ، سواء في جواز البيع مع التماثل ، وتحريمه مع التفاضل . وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم أبو حنيفة والشافعي . وحكي عن مالك جواز بيع المضروب بقيمته من جنسه . وأنكر أصحابه ذلك ونفوه عنه ، وحكي بعض أصحابنا عن أحمد رواية : لا يجوز بيع الصحاح بالمكسرة ، ولأن للصناعة قيمة . بدليل حالة الإللاف . فيصير كأنه ضم قيمة الصناعة إلى الذهب .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ » وعن عبادة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ تَبْرُهَا وَعَيْنُهَا ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ تَبْرُهَا وَعَيْنُهَا » رواه أبو داود ، وروى مسلم عن أبي الأشعث « أَنَّ مُعَاوِيَةَ أَمَرَ بِبَيْعِ آتِيَةِ مِنْ فِضَّةٍ فِي أُعْطِيَاتِ النَّاسِ ، فَبَلَغَ عُبَادَةَ فَقَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَنْهَى عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ ، وَالْبُرِّ بِالْبُرِّ ، وَالشَّيْرِ بِالشَّيْرِ ، وَالْمِلْحِ بِالْمِلْحِ ، إِلَّا سَوَاءَ بَسَاءً ، عَيْنًا بِعَيْنٍ ، فَمِنْ زَادَ ، أَوْ زَادَ ، فَقَدْ أَرَبَى » وروى الأثرم ، عن عطاء بن يسار « أَنَّ مُعَاوِيَةَ

(١) الإبريسم : الحرير .

(٢) الفأس : واحد الفلوس : كالقرش ونصف القرش ونحو ذلك . (٣) الأسطال : السكيزان ونحوها

بَاعَ سِقَايَةَ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ وَرَقٍ بِأَكْثَرِ مِنْ وَزْنِهَا ، فَقَالَ أَبُو الدَّرْدَاءِ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، يَنْهَى عَنْ مِثْلِ هَذَا إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ ، ثُمَّ قَدِمَ أَبُو الدَّرْدَاءِ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، فَذَكَرَ لَهُ ذَلِكَ ، فَكَتَبَ عُمَرُ إِلَى مُعَاوِيَةَ : لَا تَبِيعْ ذَلِكَ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ وَزْنًا يَوْزَنُ ، وَلَهُمَا تَسَاوِيَا فِي الْوِزْنِ . فَلَا يُؤْثَرُ اخْتِلَافُهُمَا فِي الْقِيَمَةِ ، كَالْجَيْدِ وَالرَّدِيِّ . فَأَمَّا إِنْ قَالَ لَصَائِفُ : صُغِيَ لِي خَاتَمًا وَزَنُهُ دِرْهَمٌ ، وَأَعْطَيْتُكَ مِثْلَ وَزْنِهِ ، وَأَجْرَتَكَ دِرْهَمًا . فَلَيْسَ ذَلِكَ بِبَيْعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لِلصَّائِفِ أَخْذُ الدَّرْهَمَيْنِ : أَحَدُهُمَا فِي مَقَابِلَةِ الْخَاتَمِ . وَالثَّانِي : أَجْرَةٌ لَهُ .

٢٨٠١ (فصل) وكل ما حُرِّمَ فِيهِ التَّفَاضُلُ حُرْمٌ فِيهِ النَّسَاءُ . بغير خلاف نعلمه ويحرم التفرق قبل القبض . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عَيْنًا بِعَيْنٍ » وقوله « يَدًا بِيَدٍ » ولأنَّ تَحْرِيمَ النَّسَاءِ آكِدٌ ، وَلِذَلِكَ جِئَ فِي الْجَنَسَيْنِ الْمُخْتَلَفَيْنِ . فَإِذَا حُرِّمَ التَّفَاضُلُ فَالنَّسَاءُ أَوْلَى بِالْتَّحْرِيمِ .

٢٨٠٢ « مسألة » قال ﴿ وما كان من جنسين فجاز التفاضل فيه يداً بيدٍ . ولا يجوز نسيئة ﴾ لا خلاف في جواز التفاضل في الجنسين نعلمه ، إلا عن سعيد بن جبير أنه قال : ما يتقارب الانتفاع بهما لا يجوز التفاضل فيهما : وهذا يردّه قول النبي صلى الله عليه وسلم « يَبِيعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبِيعُوا الْبُرَّ بِالْقَمْزِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ ، وَيَبِيعُوا الشَّعِيرَ بِالشَّعِيرِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » وفي لفظ « إِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَشْيَاءُ فَيَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ » رواه مسلم ، وأبو داود ، ولأشهما جنسان ، فجاز التفاضل فيهما ، كما لو تباعدت منافعهما . ولا خلاف في إباحة التفاضل في الذهب بالفضة ، مع تقارب منافعهما .

فأما النساء : فكل جنسين يجري فيهما الربا بعلة واحدة ، كالسكيل بالسكيل ، والموزون بالموزون ، والمطعوم بالمطعوم عند من يعمل به . فإنه يُحْرَمُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ نَسَاءً . بغير خلاف نعلمه . وذلك لقوله عليه السلام « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَيَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » وفي لفظ « لَا بَأْسَ بِبَيْعِ الذَّهَبِ بِالْفِضَّةِ وَالْفِضَّةِ أَكْثَرُهَا يَدًا بِيَدٍ ، وَأَمَّا نَسِيئَةٌ فَلَا ، وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الْبُرِّ بِالشَّعِيرِ ، وَالشَّعِيرِ أَكْثَرُهَا يَدًا بِيَدٍ . وَأَمَّا النَّسِيئَةُ فَلَا » رواه أبو داود . إلا أن يكون أحد العوضين ثمنًا ، والآخر مُتَمَنًّا فإنه يجوز للنساء بينهما بغير خلاف . لأنَّ الشَّعْرَ أَرْخَصَ فِي السَّلَمِ ، وَالْأَصْلُ فِي رَأْسِ الْمَالِ الدَّرَاهِمُ وَالْدَّنَانِيرُ . فَلَوْ حَرَّمَ النَّسَاءُ هَهُنَا لَانْصَدَّ بِأَبِ السَّلَمِ فِي الْمَوْزُونَاتِ فِي الْغَالِبِ .

فأما إن اختلفت علمتهما ، كالسكيل بالموزون ، مثل بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْبُرِّ ففهيما روايتان : إحداهما : يحرم النساء فيهما . وهو الذي ذكره الخريفي ههنا . لأنهما مالان من أموال الربا ، فحرم النساء فيهما ، كالسكيل بالسكيل .

والثانية : يجوز النِّسَاءُ فيهما وهو قول النخعي . لأنهما لم يحتكما في أحد وصفي علة ربا الفضل .
فجاز النِّسَاءُ فيهما ، كالنِّسَاءِ بالحَيَوَانِ .
٢٨٠٣ (فصل) وإذا باع شيئاً من مال الرِّبَا بغير جنسه ، وعلة ربا الفضل فيهما واحدة : لم يجوز التفرق
قبل القبض ، فإن فعلاً بطل العقد . وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يشترط التقابض فيهما ،
كغير أموال الرِّبَا ، وكبيع ذلك بأحد النكدين .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرُ
بِالشَّعِيرِ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مِثْلًا بِمِثْلٍ سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ » رواه مسلم . وقال عليه السلام
« فَإِذَا اخْتَلَفْتُمْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » وروى مالك بن أوس بن الحذائان
« أَنَّهُ التَّمَسَّ صَرَفًا بِمِائَةِ دِينَارٍ . قَالَ : فَدَعَانِي طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدٍ اللَّهُ فَرَأَوْضَنَا حَتَّى أَصْطَرَفَ مِنِّي . فَأَخَذَ
بِقَلْبِهَا فِي يَدَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : حَتَّى يَأْتِيَ خَازِنِي مِنَ الْعَابَةِ ، وَهُمُ يُسْمَعُ ذَلِكَ . فَقَالَ : لَا وَاللَّهِ ، لَا تُفَارِقُهُ
حَتَّى تَأْخُذَ مِنْهُ . قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : الذَّهَبُ بِالْوَرَقِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالْبُرُّ بِالْأُرْ
رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالتَّمْرُ بِالتَّمْرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ رَبًّا إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ ^(١) »
متفق عليه ، والمراد به القبض . بدليل أن المراد به ذلك في الذهب والفضة . ولهذا فستره عمر به . ولأنهما
مالان من أموال الرِّبَا عاتهما واحدة ، فحرم التفرق فيهما قبل القبض ، كالذهب بالفضة .

فأما إن اختلفت عاتهما ، كالسكيل بالموزون عند من يؤمّل بهما ، فقال أبو الخطاب : يجوز التفرق
فيهما قبل القبض رواية واحدة . لأن عاتهما مختلفة ، فجاز التفرق قبل القبض ، كالتنن بالثمن . وبهذا قال
الشافعي ، إلا أنه لا يتصور عنده ذلك إلا في بيع الأثمان بغيرها ، ويحتمل كلام الحارثي وجوب التقابض
على كل حال . لقوله « يَدًا بِيَدٍ »

٢٨٠٤ « مسألة » قال (وما كان مما لا يُسْكَالُ ، ولا يوزن ، فجاز التفاضل فيه يَدًا بِيَدٍ . ولا يجوز نسبة)
اختلفت الرواية في تحريم النِّسَاءِ في غير السكيل ، والموزون ، على أربع روايات . إحداهن : لا يحرم
النِّسَاءُ في شيء من ذلك ، سواء بيع بجنسه ، أو بغيره مُتَسَاوِيًا أو مُتَفَاضِلًا إِلَّا عَلَى قَوْلِنَا : إن العلة
الظُّنْمُ . فيحرم النِّسَاءُ في المَطْعُومِ ، ولا يحرم في غيره . وهذا مذهب الشافعي . واختار القاضي هَذِهِ
الرواية . لما روى أبو داود عن عبد الله بن عمرو « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَهُ أَنْ يُجْهَزَ

(١) هاء وهاء : بفتح الهمزة ، أصلها (ها) بدون همزة أى إلا أن يقول كل من البائعين للآخر ها ، أى خذ ،
فياخذ كل واحد ماله ، وقبل أصلها هاء بمعنى خذ أيضاً ، فأبدلت الهمزة همزة ، كما في قوله تعالى (هاؤم اقرءوا
كتابه) أى خذوا ، وفيها أقوال أخرى . فاكثفنا بما أوردنا لأنه يفي بالمطلوب .

جَدِشًا : فَنَفَدَتِ الْإِبِلَ . فَأَمَرَهُ أَنْ يَأْخُذَ فِي قِلَاصٍ ^(١) الصَّدَقَةِ . فَكَانَ يَأْخُذُ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرِ بْنِ إِلَى
إِبِلِ الصَّدَقَةِ « رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ . وَرَوَى سَعِيدٌ فِي سُنَنِهِ عَنْ أَبِي مَعْشَرٍ ، عَنْ صَالِحِ بْنِ كَيْسَانَ عَنْ الْحَسَنِ
بْنِ مُحَمَّدٍ « أَنْ عَلِيًّا بَاعَ بِمِيرَا لَهُ يُقَالُ لَهُ : مُصْفِيرٍ بِأَرْبَعَةِ أْبَعْرَةٍ إِلَى أَجَلٍ » وَلَأَنَّهُمَا مَالَانِ لَا يَجْرِي فِيهِمَا
رَبَا الْفَضْلِ . فَجَازَ النِّسَاءُ فِيهِمَا ، كَالْعَرَضِ بِالذِّبَارِ . وَلَأَنَّ النِّسَاءَ أَحَدُ نَوْعِي الرِّبَا . فَلَمْ يَجُزْ فِي الْأَمْوَالِ
كُلُّهَا كَالنَّوْعِ الْآخَرِ .

وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ : يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِي كُلِّ مَالٍ يَبِيعُ بِجَنَسِهِ ، كَالْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ ، وَالثِّيَابِ بِالثِّيَابِ .
وَلَا يَحْرُمُ فِي غَيْرِ ذَلِكَ ، وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَمَنْ كَرِهَ بَيْعَ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نِسَاءً : ابْنُ الْحَنَفِيَّةِ ،
وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَيْرٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَعِكْرَمَةُ بْنُ خَالِدٍ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمَارٍ ، وَابْنِ
عَمْرٍ ، لَمَّا رَوَى سَمُرَةَ « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْحَيَوَانِ بِالْحَيَوَانِ نَسِيئَةً » قَالَ
الْزَّمَذِيُّ : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ ، وَلَأَنَّ الْجَنْسَ أَحَدُ وَصْفَيْ عِلَّةِ رَبَا الْفَضْلِ فَحَرَّمَ النِّسَاءَ
كَالْكَيْلِ ، وَالْوِزْنِ .

وَالثَّلَاثَةُ : لَا يَحْرُمُ النِّسَاءُ إِلَّا فِيمَا يَبِيعُ بِجَنَسِهِ مُتَفَاضِلًا . فَأَمَّا مَعَ التَّمَاثُلِ فَلَا . لَمَّا رَوَى جَابِرٌ أَنَّ النَّبِيَّ
صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ « الْحَيَوَانُ أَنْتَيْنِ يَوْاحِدٍ لَا يَصْلُحُ نِسَاءً ، وَلَا بِأَسَبٍ بِهِ يَدَأُ بَيْعُهُ » قَالَ الزَّمَذِيُّ :
هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ ، وَرَوَى ابْنُ عَمْرٍ « أَنَّ رَجُلًا قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ الرَّجُلَ يَبِيعُ الْفَرَسَ
بِالْأَفْرَاسِ وَالذَّجِيجَةَ ^(٢) بِالْإِبِلِ ؟ فَقَالَ : لَا بِأَسٍ إِذَا كَانَ يَدَأُ بَيْعُهُ » مِنَ الْمُسْنَدِ ، وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى
إِبَاحَةِ النِّسَاءِ مَعَ التَّمَاثُلِ بِمَفْهُومِهِ .

وَالرَّابِعَةُ : يَحْرُمُ النِّسَاءُ فِي كُلِّ مَالٍ يَبِيعُ بِمَالٍ آخَرَ ، سَوَاءٌ كَانَ مِنْ جَنَسِهِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ جَنَسِهِ . وَهَذَا
ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخَلَرَقِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ الرَّوَايَةَ الثَّلَاثَةَ . لِأَنَّهُ يَبِيعُ عَرَضٍ ^(٣) بِعَرَضٍ ، فَحَرَّمَ النِّسَاءَ بَيْنَهُمَا
كَالْجَنَسَيْنِ مِنْ أَمْوَالِ الرِّبَا ، قَالَ الْقَاضِي : فَعَلَى هَذَا لَوْ بَاعَ عَرَضًا بِعَرَضٍ مَعَ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمٌ ، الْمَرُوضُ نَقْدًا
وَالدَّرَاهِمُ نَسِيئَةً لَمْ يَجُزْ . لِأَنَّهُ يُقْضَى إِلَى النَّسِيئَةِ فِي الْعَرُوضِ . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ ضَعِيفَةٌ جَدًّا ، لِأَنَّهُ لِيَأْتِيَ حُكْمُ
يُخَالِفُ الْأَصْلَ بِغَيْرِ نَصٍّ ، وَلَا إِجْمَاعٍ ، وَلَا قِيَاسٍ صَحِيحٍ . فَإِنْ فِي الْحُلِّ الْجَمْعُ عَلَيْهِ ، أَوِ الْمَنْصُوصُ
عَلَيْهِ أَوْصَافًا لَهَا أَثَرٌ فِي تَحْرِيمِ الْفَضْلِ . فَلَا يَجُوزُ حَذْفُهَا عَنْ دَرَجَةِ الْإِعْتِبَارِ . وَمَا هَذَا سَبِيلُهُ لَا يَجُوزُ
إِنْبَاتُ الْحُكْمِ فِيهِ ، وَإِنْ لَمْ يُخَالَفْ أَصْلًا ، فَكَيْفَ يَدْبُتُ مَعَ مُخَالَفَةِ الْأَصْلِ فِي حِلِّ الْبَيْعِ ؟

(١) الْقِلَاصُ : جَمْعُ قُلُوصٍ ، بَفَتْحِ الْقَافِ وَضَمِّ اللَّامِ ، وَهِيَ الشَّابَةُ مِنَ الْإِبِلِ ، وَالْقَوِيَّةُ الْبَاقِيَّةُ عَلَى السَّيْرِ .

(٢) النَّجِيَّةُ : النَّاقَةُ الْكَرِيمَةُ الَّتِي لَهَا قِيَمَةٌ عَالِيَةٌ ، وَمَعْنَى يَبِيعُهَا بِالْإِبِلِ : أَنْ يَأْخُذَ صَاحِبُهَا بِدَلْهَا عِدَدًا مِنَ النَّوَقِ
أَوِ الْجَمَالِ .

(٣) الْعَرَضُ . مَا يَتَجَرَّ فِيهِ مِنَ الْمَبِيعَاتِ .

وأصح الروايات : هي الأولى ، لموافقة الأصل ، والأحاديث المخالفة لها قال أبو عبد الله : ليس فيها حديث يُعتمد عليه . ويُعجبنى أن يتوقاه . وذكر له حديث ابن عباس ، وابن عمر في هذا ، فقال : هما مُرسلان . وحديث سُمرة يرويه الحسن عن سُمرة . قال الأثرم ، قال أبو عبد الله : لا يصح سماع الحسن من سُمرة ، وحديث جابر قال أبو عبد الله : هذا حجاجٌ زاد فيه « نساء » وليثُ بن سعد سمعه من أبي الزبير ولا يذكر فيه « نساء » وحجاجٌ هذا هو حجاجُ بن أَرْطَافَ : قال يعقوب بن شَيْبَةَ : هو واهى الحديث . وهو صدوق .

وإن كان أحد المبيمين مما لا ربا فيه ، والآخر فيه رباً كاملاً بالمدود ، ففيه روايتان : إحداهما : يُحرم النساءُ فيهما . والثانية : لا يُحرم . كالأبوع معدوداً بمدودٍ من غير جنسه .

٢٨٠٥ « مسألة » قال ﴿ ولا يُباع شيء من الرطبِ بيباسٍ ، من جنسه إلا المرأياً ﴾

أراد الرطب مما يجري فيه الرِّبَا ، كالرُّطْبِ بالتمر ، والعنب بالزبيب ، واللبن بالجبن ، والخنطة المبلولة ، أو الرُّطْبِ باليابسة أو المقلية بالنبيذة ، ونحو ذلك . وبه قال سعدُ بن أبي وقاص ، وسعيدُ بن المسيَّب ، والليث ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ومحمد ، وقال ابن عبد البر : جمهور علماء المسلمين على أن بيع الرُّطْبِ بالتمر لا يجوز بحال من الأحوال . وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك . لأنه لا يخلو : إما أن يكون من جنسه فيجوز . لقوله عليه السلام « التمرُ بالتمر مثلاً بمثلٍ » أو من غير جنسه فيجوز ، لقوله عليه السلام « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم » .

وانسأ : قوله عليه السلام « لا تبيعوا التمرَ بالتمر » وفي لفظ « نهى عن بيع التمر بالتمر . ورخص في العرية ^(١) أن تُباع بخرصها ، بأكلها أهلها رطباً » متفق عليه . وعن سعد « أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن بيع الرُّطْبِ بالتمر ؟ فقال : أينقص الرُّطْبُ إذ يبيس ؟ قالوا : نعم . فنهى عن ذلك » رواه مالك ، وأبو داود والأثرم وابن ماجه . ولفظُ رواية الأثرم قال « فلا إذن »

(١) العرية : النخلة المعراة ، وهي التي وهب صاحبها ثمرة عامها . والخرص : تقدير ما على النخلة من رطب كم يصير إذا أصبح تمراً ؟ ، فيباع الرطب بالتمر بعد خرصه في هذه المسألة ، وقد اختلف في تفسير بيع العرية والمرأيا بالخرص وقد شرح ابن الأثير في النهاية هذه المسألة ، فقال : إن الفقير لا يكون معه نقد يشتري به الرطب ، ويكون قد فضل من فوته بعض التمر ، فيشتري الرطب الذي على النخلة أو النخلات بالتمر الذي معه بعد خرص الرطب وتقديره كم يكون تمراً بعد جفافه ، وقد رخص الرسول صلى الله عليه وسلم في هذه المسألة لحاجة الفقراء ، وسيأتي للمؤلف بيان ذلك بإيضاح ، مع بيان أن بعض الفقهاء قال : إنه ليس من الضروري أن تكون العرية موهوبة .

نَهَى وَعَلَّلَ بِأَنَّهُ يَمْتَصُّ إِذَا يَسَرَ وَرَوَى مَالِكٌ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنِ الْمَزَابِنَةِ . وَالْمَزَابِنَةُ بَيْعُ الرُّطْبِ بِالتَّمْرِ كَيْلًا ، وَبَيْعُ الْعِنَبِ بِالزَّيْتِ كَيْلًا » .
ولأنه جنس فيه الربا بيع بعضه ببعض على وجه ينفرد أحدهما بالنقصان . فلم يحز ، كبيع القليلة بالثينة . ولا يلزم الحديث بالعتيق . لأن التفاوت يسير . قال الخطابي : وقد تكلم بعض الناس في إسناد حديث سعد بن أبي وقاص في بيع الرطب بالتمر وقال زيد : أبو عياش راويه ضعيف . وليس الأمر على ما نوهه ، وأبو عياش مولي بنى زهرة معروف . وقد ذكره مالك في الموطأ . وهو لا يروى عن متروك الحديث .

٢٨٠٦ (فصل) فأما بيع الرطب بالرطب ، والعنب بالعنب ، ونحوه من الرطب بمثله . فيجوز مع التماثل في قول أكثر أهل العلم ، ومنع منه الشافعي فيما يبيس . أما ما لا يبيس كالأقنأ ، والخيار ، ونحوه فعلى قولين . لأنه لا يعلم تساويهما حالة الادخار . فأشبهه الرطب بالتمر . وذهب أبو حنيفة والكثير من أصحابنا إلى هذا . وحمل كلام الخري على . لقوله في اللحيم : لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً . ويجوز إذا نفاه جفافه مثلاً بمثل . ومفهوم كلام الخري هنا إباحة ذلك . لأن مفهوم نهيه عليه السلام عن بيع التمر بالتمر إباحة بيع كل واحد منهما بمثله . ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان . فجاز ، كبيع اللبن باللبن ، والتمر بالتمر ، ولأن قوله تعالى (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) عام خرج منه المنصوص عليه ، وهو بيع التمر بالتمر . وليس هذا في معناه . فبقى على العموم . وما ذكره لا يصح : فإن التفاوت كثير . وينفرد أحدهما بالنقصان ، بخلاف مسألةنا . ولا بأس ببيع الحديث بالعتيق : لأن التفاوت في ذلك يسير ، ولا يمكن ضبطه في معنى عنه .

٢٨٠٧ « مسألة » قال (ولا يباع ما أصله السكيل بشيء من جنسه وزناً ، ولا ما أصله الوزن كَيْلًا) لا خلاف بين أهل العلم في وجوب المائنة في بيع الأموال التي يحرم التفاضل فيها ، وأن المساواة المرعية هي المساواة في السكيل كَيْلًا ، وفي الموزون وزناً . ومتى تحققت هذه المساواة لم يضر اختلافهما فيما سواها . وإن لم يوجد لم يصح البيع . وإن تساويا في غيرها ، وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي ، وجهور أهل العلم . لأنهم أحداً خالفهم إلا مالكاً قال : يجوز بيع الموزونات بعضها ببعض جزأفاً^(١) .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لَدَّابٌ بِلَدَّابٍ وَزَنًا بِوَزَنٍ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزَنًا بِوَزَنٍ ، وَالْبُرُّ بِالْبُرِّ كَيْلًا يَكِيلُ ، وَالشَّيْرُ بِالشَّيْرِ كَيْلًا يَكِيلُ » رواه الأثرم في حديث

(١) الجزاف : بكسر الجيم ، بيع شيء غير مقدر بشيء غير مقدر .

عُبَادَة ، ورواه أبو داود ولفظه « الْبُرُّ بِالْبُرِّ مُدًى بِمُدًى ^(١) ، وَالشَّمِيرُ بِالشَّمِيرِ مُدًى بِمُدًى ، وَالْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مُدًى بِمُدًى ، فَتَنْ زَادَ أَوْ اذْدَادَ فَقَدْ أَرْبَى » فأمر بالمساواة في الموزونات المذكورة في الوزن كما أمر بالمساواة في المكيلات في الكيل . وما عدا الذهب ، والفضة من الموزونات مقيسٌ عليهما ، ومُشَبَّهٌ بهما ، ولأنه جنسٌ يجري فيه الربا ، فلم يُجْزَ ببيع بعضه ببعضٍ جزافاً كالـمَكِيلِ ، ولأنه موزون من أموال الربا . فأشبهه الذهب والفضة . ولأنَّ حقيقة الفضل مُبْطِلَةٌ للبيع . ولا نعلم عدم ذلك إلا بالوزن . فوجبَ ذلك كما في المكيل والأثمان .

إذا ثبت هذا : فإنه لا يجوز بيع المكيل بالمكيل وزناً ، ولا بيع الموزون بالموزون كيلاً ، لأن التماثل في الكيل مُشْتَرَطٌ في المكيل ، وفي الوزن في الموزون ، فمتى باع رطلاً من المكيل برطلٍ حَصَلَ في الرطل من الخفيف أكثر مما يحصل من الثقيل : فيختلفان في الكيل . وإن لم يُعلم الفضل لكن يُجهل التساوى فلا يصح ، كما لو باع بعضه ببعضٍ جزافاً ، وكذلك لو باع الموزون بالموزون بالمكيل . فلا يتحقق التماثل في الوزن ، فلم يصح ، كما ذكرنا في المكيل .

٢٨٠٨ (فصل) ولو باع بعضه ببعضٍ جزافاً ، أو كان جزافاً من أحد الطرفين . لم يُجْزَ ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن ذلك غيرُ جائزٍ إذا كانا من صنف واحد . وذلك لما روى مسلم ، عن جابر قال : « نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الصُّبْرَةِ ^(٢) مِنَ الْقَمْرِ لَا يُعْلَمُ مَكِيلُهَا بِالسَّكِيلِ الْمُسَمًّى مِنَ الْقَمْرِ » وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم « الدَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بوزنٍ » إلى تمام الحديث : دليل على أنه لا يجوز بيعه إلا كذلك ، ولأن التماثل شرط ، والجهل به يُبطل البيع ، كحقيقة التفاضل .

٢٨٠٩ (فصل) وما لا يُشترط التماثل فيه كالجنسين ، وما لا ربا فيه يجوزُ بيعُ بعضه ببعضٍ ، كيلاً ووزناً ، وجزافاً . وهذا ظاهر كلام الخِرَاقِيِّ لتخصيصه ما يُسْكَالُ بمنع بيعه بشيء من جنسه وزناً : وما يُوزن بمنع بيعه من جنسه كيلاً . وهذا قول أكثر أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الصُّبْرَةِ من الطعام بالصُّبْرَةِ لا يُدْرَى كم كيلُ هذه ، ولا كيلُ هذه ؟ من صنف واحدٍ غيرُ جائزٍ . ولا بأس به من صنفين استدلالاً بقوله عليه السلام « فَإِذَا اخْتَلَفَ الْجُلُوسَانِ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وذهب جماعة من أصحابنا إلى منع بيع المكيل بالمكيل جزافاً ، وبيع الموزون بالموزون جزافاً .

(١) المدي : بضم الميم وسكون الدال ، مكيال لأهل الشام يسع خمسة عشر مكوكاً ، بفتح الميم وتشديد الكاف ، والمكوك صاع ونصف أو أكثر من ذلك ، ومعنى مدي بمدى : مكيال بمكيال أى مثلاً بمثل كما سبق في الأحاديث .

(٢) الصبرة : بضم الميم الصاد وسكون الباء ما جمع من الطعام بدون كيل أو وزن .

وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم : أكره ذلك . قال ابن أبي موسى : لا خير فيما يُسَكَلُ بما يسكَلُ جزافاً ، ولا خير فيما يوزن بما يوزن جزافاً . اتفقت الأجناس أو اختلفت ، ولا بأس ببيع السكيل بالموزون جزافاً ، وقال ذلك القاضي ، والشريف أبو جعفر ، وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الْعُلَمَاءِ بِالطَّعَامِ مُجَازَفَةً ^(١) » ولأنه بيع مكيل بمكيل . أشبه الجنس الواحد .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَيَبِعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ يَدًا بِيَدٍ » ولأن قول الله تعالى (٢ : ٢٧٥ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) عام خصصناه في الجنس الواحد الذي يجب التماثل فيه . ففيما عداه يجب البقاء على العموم . ولأنه يجوز التفاضل فيه . فجاز جزافاً من الطرفين ، كالسكيل بالموزون . بحقه : أنه إذا كان حقيقة الفضل لا يمنع فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً . وحديثهم أراد به الجنس الواحد . ولهذا جاء في بعض ألفاظه « نَهَى أَنْ تُبَاعَ الصُّبْرَةُ لَا يُعْلَمُ مَسْكِلُهَا مِنَ التَّمْرِ بِالصُّبْرَةِ لَا يُعْلَمُ مَسْكِلُهَا مِنَ التَّمْرِ » ثم هو مخصوص بالسكيل ، والموزون . فنقيس عليه محل النزاع . وما ذكر من القياس غير صحيح . لأن السكيل من جنس واحد يجب التماثل فيه ، فنفع من بيعه مُجَازَفَةٌ . نفوات المائلة المشروطة . وفي الجانسين لا يُشترط التماثل ، ولا يمنع حقيقة التفاضل . فاحتماله أولى أن لا يكون مانعاً .

٢٨١٠ (فصل) ولو قال : بعثك هذه الصُّبْرَةُ بهذه الصُّبْرَةِ ، وهما من جنس واحد ولا يعلمان كيلهما . لم يصح لما ذكرنا . وإن علما كيلهما ، وتساوياًهما صحَّ البيع . لوجود التماثل المشترط . وإن قال : بعثك هذه الصُّبْرَةُ بهذه الصُّبْرَةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ فَكَيْلًا فَكَانَتْ سَوَاءً صَحَّ الْبَيْعُ وَإِلَّا فَلَا . وإن باع صُّبْرَةً بِصُّبْرَةٍ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهَا صَحَّ عِنْدَ مَنْ يُجَوِّزُ بَيْعَ الْمَسْكِلِ بِالْمَسْكِلِ جَزَافًا ، وإن قال : بعثك هذه الصُّبْرَةَ بهذه مِثْلًا بِمِثْلٍ ، فَكَيْلًا فَكَانَتْ سَوَاءً صَحَّ الْبَيْعُ . وإن زادت إحداها فرضى صاحب الناقصة بها مع نقصها ، أو رضى صاحب الزائدة بردَّ الفضل على صاحبه جاز . وإن امتنعما فُسِخَ الْبَيْعُ بَيْنَهُمَا . ذكر هذا الفصل القاضي ، وهو مذهب الشافعي .

٢٨١١ (فصل) ويجوز قسَمُ السكيل وَزَنًا ، وقَسَمُ الموزون كَيْلًا ، وقَسَمُ الثَّمَارِ خَرْصًا ، وقَسَمُ مَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِمِثْلِهِ بَيْعُهُ . لأن القسمة إفراز حق . وليست ببيعاً ، ونقل عن ابن بطّة ما يدل على أنها بيع . فيثبت فيها أحكام البيع ، ويمنع فيها ما ذكرناه . لأن كل جزء من ذلك مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا ، فإذا تعين لكل واحد منهما حق فقد اشترى نصيب شريكه مما تعين له بنصيبه فيما تعين لشريكه . وللشافعي قولان كالْمَذْهَبَيْنِ ، والظاهر أنها إفراز حق ، بدليل اعتبار تعديل السَّهَامِ ، ودخوله القرعة فيها ، ولزومها بها ، والإجبار عليها ، وأنها لا تنفقر إلى لفظ بيع ولا تملك ولا بدخلها خيار ، ولا تجوز إلا بقدر

الحقن ، ولا يثبت فيها شفعة وتختص باسم . وتغافر الأحكام والأسماء دليل على اختلافهما . وروى عن ابن عباس أنه قال « قَسَمَتِ الصَّحَابَةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ الْغَنَائِمَ بِالْحِجَفِ ^(١) » وذلك كيْلُ الأثمان بِمَحْضَرٍ مِنْ جَمَاعَةٍ كَثِيرَةٍ مِنْهُمْ ، وانتشر في بقيتهم فلم يُفَكَّر . فصار إجماعاً على ما قلناه . .

٢٨١٢ (فصل) في معرفة المكيْل والموزون . والمرجع في ذلك إلى العُرف بالحِجاز ، في عهد النبي صلى الله عليه وسلم . وهذا قول الشافعي ، وحكى عن أبي حنيفة : أن الاعتبار في كل بلد بعادته .

ولنا : ما روى عبدُ الله بن عمر ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الْمِكْيَالُ مَكْيَالُ الْمَدِينَةِ ، وَالْمِيزَانُ مِيزَانُ مَكَّةَ » والنبي صلى الله عليه وسلم إنما يحمل كلامه على بيان الأحكام . لأن ما كان مكيلاً بالحِجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم انه رُف التحريم في تفاضل الكيل إليه . فلا يجوز أن يتغير بعد ذلك ، وهكذا الموزون ، وما لا عُرف له بالحِجاز يحتمل وجهين :

أحدهما : يُردُّ إلى أقرب الأشياء شَبَهَا به بالحِجاز ، كما أن الحوادث تُردُّ إلى أشبه المنصوص عليه

بها . وهو القياس .

والثاني : يُعتبر عُرفه في موضعه . فإن لم يكن له في الشرع حدٌّ كان المرجع فيه إلى العُرف ، كالتبضع والإحراز والتفريق . وهذا قول أبي حنيفة ، وعلى هذا إن اختلفت البلاد . فالاعتبار بالمعالي . فإن لم يكن غالبٌ بطل هذا الوجه ، وتعين الأول . ومذهب الشافعي على هذين الوجهين ، فالبر ، والشعيرُ مكيْلَانِ منصوصٌ عليهما بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الْبُرُّ بِالْبُرِّ كَيْلًا ، وَالشَّعِيرُ بِالشَّعِيرِ كَيْلًا ، وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْحَبُوبِ ، وَالْأَبَازِيرُ ، وَالْأَشْنَانُ ، وَالْجَصَّ ، وَالنُّورَةُ ، وما أشبهها . والنخْلُ مكيْلٌ . وهو من المنصوص عليه . وكذلك سائر تمر النخل من لُطْب والبُسْر وغيرهما . وسائر ما تجب فيه الزكاة من الثمار ، مثلُ لُزَيْبٍ ، وَالْفُسْتِيقِ ، وَالْبُنْدُقِ ، وَالْمُنَابِ ، وَالْمَشْمَشِ ، وَالْبُطْمِ ^(٢) ، وَلِزْبَتُونَ ، وَاللَّوْزُ . وَالْمِلْحُ مكيْلٌ . وهو من المنصوص عليه بقوله عليه السلام « الْمِلْحُ بِالْمِلْحِ مُدًى ، بِمُدًى » والذهب ، والفضة موزونان . ثبت ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا ، وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ وَزَنًا » وكذلك ما أشبههما من جواهر الأرض ، كالحديد والنجاس ، وَالصُّفْرُ ^(٣) ، وَالرَّصَاصُ ، وَالزَّجَاجُ ، وَالزُّبْقُ . ومنه الْأَبْرِسِمُ ^(٤) ، وَالْقُطْنُ ، وَالسَّكْتَانُ ، وَالصُّوفُ ،

(١) الحِجَف : التروس والصدور التي يتقى بها الحارب إذا كانت من جلد بدون خشب ولا عقب ، وهي جيذٌ تكون لينة تصاح لاستقرار الأشياء فيها ، وواحدة الحِجَف حِجْفَةٌ .

(٢) البطم : بضم الباء مع سكون الطاء وضمها هي الحبة الخضراء .

(٣) الصفر : بضم الصاد وسكون الفاء نوع من النحاس .

(٤) الإبريسم : بفتح السين وضمها الحرير .

وغزل ذلك، وما أشبهه، ومنه الخبز، واللحم، والشحم، والجنين، والزبد، والشمع، وما أشبهه .
وكذلك الزعفران، والمصفر، والورس، وما أشبه ذلك .

٢٨١٣ (فصل) والدقيق، والسويق^(١) مكيلاّن . لأن أصلهما مكيل، ولم يوجد ما ينقلهما عنه . ولأنهما يشبهان ما يُكَال، وذكر القاضى فى الدقيق : أنه يجوز بيع بعضه ببعض بالوزن . ولا يمتنع أن يكون أصله مكيلا، وهو موزون كالخبز .

ولنا : ما ذكرناه . ولأنه يُقدّر بالصاع ، بدليل أنه يُخرج فى الفطرة صاع من دقيق ، وقد جاء فى الحديث . والصاع إنما يقدر به المكيلات ، وعلى هذا يكون الأقط^(٢) مكيلا . لأن فى حديث صدقة الفطر « صاع من أقط » .

٢٨١٤ (فصل) فأما اللبن وغيره من المائعات كالأدهان ، من الزيت ، والشّرج ، والعسل ، والخل ، والدبس ، ونحو ذلك . فالظاهر أنها مكيلة . قال القاضى فى الأدهان : هى مكيلة ، وفى اللبن : يصح السلم فيه كيلا ، وقال أصحاب الشافعى : لا يُباع اللبن بمضء ببعض إلا كيلا ، وقد روى عن أحد أنه سُئل عن السلف فى اللبن ؟ فقال : نعم كيلا أو وزنا . وذلك لأن الماء مقدّر بالصاع ، ولذلك « كان النبىُّ صلى الله عليه وسلم يتوضأ بالماء ، ويُغْتَسَلُ بالصّاع ، ويُغْتَسَلُ هوَ وبَعْضُ نِسَائِهِ مِنَ الْفَرَقِ »^(٣) وهذه مكييلٌ قدر بها الماء . وكذلك سائر المائعات . وروى عن النبىِّ صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع ما فى زروع الأنعام إلا بالكيل » رواه ابن ماجه .

وأما غير المكيل والموزون فما لم يكن له أصل بالحجاز فى كيل ، ولا وزن ، ولا يشبه ما جرى فيه العرف بذلك ، كالثياب ، والحيوان ، والمعدودات من الجوز ، والبيض ، والرمان ، والقثاء ، والخيار ، وسائر الخضراوات ، والبقول ، والسفرجل ، والتفاح ، والكثيرى ، ونحوها . فهذه المعدودات إذا اعتبرنا التماثل فيها ، فإنه يعتبر التماثل فى الوزن . لأنه أخصر . ذكره القاضى فى الفواكه الرطبة ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . والآخر قالوا : يعتبر ما أمكن كيله بالكيل ، ولأن الأصل الأعيان الأربعة . وهى مكيلة . ومن شأن الفرع أن يُردّ إلى أصله بحكمه . والأصل حكمه تحريم التفاضل بالكيل ، فكذلك يكون حكم فروعها .

(١) السويق : دقيق مخلوط بسمن أو نحوه

(٢) الأقط : اللبن الجامد .

(٣) الفرق : بفتح الفاء والراء أفصح من فتح الفاء وسكون الراء مكيال بالمدينة يسع ثلاثة أصع أو ستة عشر رطلا .

ولنا : أن الوزن أخَصَرُ . فوجب اعتباره في غير السكيل والموزون ، كالذى لا يمكن كيِّله ، وإنما اعتبر السكيل في المنصوص عليه . لأنه يقدَّر به في العادة وهذا بخلافه .

٢٨١٥ « مسألة » قال في التمر كلها جنس ، وإن اختلفت أنواعها ﴿

الجنس : هو الشامل لأشياء مُختلفة بأنواعها ، والنوع : الشامل لأشياء مختلفة بأشخاصها ، وقد يكون النوع جنساً بالنسبة إلى ما تحته ، نوعاً بالنسبة إلى ما فوقه والمراد هنا : الجنسُ الأخصُّ ، والنوعُ الأخصُّ . فكلُّ نوعين اجتماعاً في اسم خاصٍّ فهما جنسٌ ، كأنواع التمر ، وأنواع الحنطة . فالتمر كلها جنس واحد . لأن الاسم الخاصَّ يجمعها . وهو التمرُّ ، وإن كثرت أنواعه ، كالبرنيِّ ، والعقليِّ والإبراهيميِّ . والخاستويِّ ، وغيرها ، وكل شيتين اتفقا في الجنس ثبت فيهما حكم الشرع بتحريم التفاضل . وإن اختلفت الأنواعُ أقول النبي صلى الله عليه وسلم : « التَّمَرُ بِالتَّمَرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ ، والْبَرُّ بِالْبَرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ » الحديث بتمامه . فاعتبر المساواة في جنس التمر بالتمر ، والبر بالبر ، ثم قال « فَإِذَا اختلفت هذه الأصنافُ فَيَبْعَمُوا كَيْفَ شِئْنُمْ » وفي لفظ « فَإِذَا اختلفَ الْجِنْسَانِ فَيَبْعَمُوا كَيْفَ شِئْنُمْ » وفي لفظ « إِلَّا مَا اختلفت ألوانه » ولا خلاف بين أهل العلم علمناه في وجوب المساواة في التمر بالتمر وسائر ما ذكر في الخبر مع اتفاق الأنواع واختلافها .

٢٨١٦ (فصل) فإن كان المشتركان في الاسم الخاصَّ من أصلين مختلفين فهما جنسان ، كالأدقة^(١) ، والأخباز ، والأخلول ، والأذهان . وعصيرُ الأشياء المختلفة كلها أجناسٌ مختلفة باختلاف أصولها ، وحكي عن أحمد : أن خلَّ التمر وخلَّ العنب جنس . وحكي ذلك عن مالك . لأن الاسم الخاصَّ يجمعهما ، والصحيح : أنهما جنسان ، لأنهما من أصلين مختلفين ، فكأنا جنسين ، كدقيق الحنطة ، ودقيق الشعير . وما ذكر للرواية الأخرى مُنتَقِضٌ بسائر فروع الأصول التي ذكرناها ، وكلُّ نوع مبنى على أصله . فإذا كان شيطان من أصلين فهما جنسان . فزيت الزيتون ، وزيت البطم ، وزيت الفجل ، أجناسٌ ، ودُهْنُ السمك والشَّيرج ، ودُهْنُ الجوز ودُهْنُ اللوز والبزر أجناس ، وعسل النحل ، وعسل القصب جنسان ، وتمر الهند جنسان . وكل شيتين أصلهما واحد فهما جنس واحد ، وإن اختلفت مقاصدها ، فدُهْنُ الورد والبنفسج ، والزئبق ، ودُهْنُ الياسمين إذا كانت من دُهْن واحد فهي جنس واحد ، وهذا الصحيح من مذهب الشافعي . وله قول آخر : لا يجري الربا فيها . لأنها لا تُقصد للأكل ، وقال أبو حنيفة : هي أجناسٌ لأن مقاصدها مختلفة .

ولنا : أنها كلها شيرج ، وإنما طيبت بهذه الرياحين فنُسبت إليها . فلم تصر أجناساً ، كما لو طيبت

(١) الأدقة : جمع دقاق : بضم الدال ، وهو التوابل .

سائر أنواع الأجناس ، وقولهم . لا تُقصد الرياحين للأكل . قلنا : هي صالحة للأكل . وإنما تمدّ لما هو أعلى منه . فلا تخرج عن كونها ما كولةً بصلاحها لغيره . وقولهم : إنها أجناس لا يصح . لأنها من أصل واحد . وبشملها اسمٌ واحد . فكانت جنساً كأنواع التمر والحنطة .

٢٨١٧ (فصل) وقد يكون الجنس الواحدُ مشتملاً على جنسين ، كالتمر يشتمل على النوى وغيره . وهما جنسان ، واللبن يشتمل على الحَمِيز والزُّبد . وهما جنسان . فإذا ما متصلين اتصال الخلقة فهما جنس واحد . فإذا مُيز أحدهما من الآخر صارا جنسين حكمهما حكمُ الجنسين الأصليين .

٢٨١٨ (فصل) في بيع التمر بالتمر وفروعه . يجوز بيع التمر بالتمر كيلاً بكيلٍ ، بغير خلاف ، وسواء تساويا في الجودة والرداءة . وفي كونهما ينسكبان في السكيات أو اختلفا في ذلك ، قيل لأحمد : صاع تمر بصاع تمر ، وأحد التمرين يدخل في السكيات منه أكثر ؟ فقال : إنما هو صاع بصاع . وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مَدْيٌ بِمَدْيٍ - ثُمَّ قَالَ - من زاد أو ازداد فقد أربى » فإن كان في كل واحد منهما نواه جاز بيعه متساوياً بغير خلاف . لأن النبي صلى الله عليه وسلم ، قد علم أن التمر يكون فيه النوى ، وإن نزع من كل واحد منهما نواه جاز أيضاً ، وقال أصحاب الشافعي : لا يجوز في أحد الوجهين . لأنها لم يتساويا في حال السكيات . ولأنه يتجافى في السكيات .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر مَدْيٌ بِمَدْيٍ » ولأنهما تساويا في الحال على وجه لا يفترق أحدهما بالنقصان . فجاز ، كما لو كان في كل واحد منهما نواه ، ويجوز بيع النوى بالنوى كيلاً لذلك ، وإذا باع تمرأ منزوع النوى بتمر نواه فيه لم يجز . لاشتمال أحدهما على ما ليس من جنسه دون الآخر . وإن نزع النوى ثم باع النوى والتمر بنوى وتمر لم يجز . لأنه زالت التبعية بنزعه . فصار كبيع تمر وحنطة بتمر وحنطة ، وإن باع النوى بتمر منزوع النوى جاز متفاضلاً ومتساوياً . لأنهما جنسان . وإن باع النوى بتمر نواه فيه . فعلى روايتين ، منع منه في رواية مهنا ، وأحمد بن القاسم . لأن التمر نوى فيصير كدّة عَجْوَةٍ ، وكما لو باع تمرأ فيه نواه بتمر منزوع النوى . وأجاز ذلك في رواية ابن منصور ، ولأن النوى في التمر غير مقصود . ولذلك جاز بيع التمر بالتمر في كل واحد منهما نواه . وصار هذا كبيع دار عمّوه سقّفها بالذهب بذهب . فعلى هذا يجوز بيعه متفاضلاً ومتساوياً . لأن النوى الذي في التمر لا عبرة به فصار كبيع النوى بمنزوع النوى .

٢٨١٩ (فصل) ويصنع من التمر : الدِّبْسُ^(١) والخَلْ^(٢) والناطف^(٣) والقطارة . ولا يجوز بيع التمر بشيء منها . لأن مع بعضها من غير جنسه وبعضها مائع والتمر جامد . ولا يجوز بيع الناطف ببعضه ببعض . ولا

(١) الدبس : عسل التمر . (٢) الناطف : العسل المقطر ، والقطارة ما يسيل من التمر عند عصره .

بغيره من المصنوع من التمر . لأن معها شيئاً مقصوداً من جنسهما . فيُنزَل منزلة مُدَّ عَجْوَةٍ . ويجوز بيع القطارة والدبس . والخلّ كلُّ نوعٍ بعضُهُ ببعضٍ مُتساوياً . قال أحمد في رواية مهنا . في خلِّ الدَّقَل : يجوز بيعُ بعضه ببعضٍ مُتساوياً . وذلك لأن الماء في كلِّ واحدٍ منهما غيرُ مقصود . وهو من مصلحته ، فلم يمنع جواز البيع ، كالخبز بالخبز ، والتمر بالتمر في كلِّ واحدٍ منهما نواه . ولا يُباع نوعٌ بنوعٍ آخر . لأن في كلِّ واحدٍ منهما من غير جنسه يقلّ ويكثر ، فيفيض إلى التفاضل .

٢٨٢٠ (فصل) والعنب كالتمر فيما ذكرناه ، إلا أنه لا يُباع خلُّ العنب بخَلِّ الزبيب لانفراد كلِّ واحدٍ منهما بما ليس من جنسه . ويجوز بيع خلِّ الزبيب ببعضه ببعض ، كما يجوز بيعُ خَلِّ التمر ببعضه ببعض .

٢٨٢١ « مسألة » قال ﴿ والبر والشعير جنسان ﴾

هذا هو المذهب . وبه يقول الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وعن أحمد : أنهما جنس واحد . وحكى ذلك عن سعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن بن الأسود ، بن عبد يغوث ، وابن مُعَيْقِب الدَّوْسِيّ ، والحكم ، وحماد ، ومالك ، والليث . لما روى عن مَعْمَر بن عبد الله « أنه أرسل غلامه بصاع قمح ، فقال : به ، ثم اشتر به شعيراً . فذهب الغلام ، فأخذ صاعاً وزيادةً بعض صاع ، فلما جاء مَعْمَر أخبره بذلك . فقال له مَعْمَر : لم فعلت ذلك ؟ انطلق فردّه ، ولا تأخذن إلا مثلاً بمثل . فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام بالطعام إلا مثلاً بمثل ، وكان طعامنا يومئذٍ الشعير ، قيل : فإنه ليس بمثل ، قال إني أخاف أن يضارع » أخرجه مسلم ، ولأن أحدهما يُفَش بالآخر ، فكانا كنوعاً الجنس .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « يبيعوا البرّ بالشعير كَيْفَ شِئْتُمْ يَدَا يَدٍ » وفي لفظ « لَا بَأْسَ يَبْنَعُ البرّ بالشعير ، والشعير أكثرهما يَدَا يَدٍ ، وأما نَسِيئَةٌ فَلَا » وفي لفظ « فَإِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ » وهذا صريح صحيح . لا يجوز تركه بغير معارضٍ مثله ، ولأنهما لم يشتركا في الاسم الخاص ، فلم يكونا جنساً واحداً ، كالتمر والخنطة . ولأنهما مُسَمَّيان في الأصناف الستة . فكانا جنسين كسائرهما . وحديث معمر لا بدّ فيه من إضمار الجنس . بدليل سائر أجناس الطعام . ويحتمل أنه أراد الطعام المعبود عندهم ، وهو الشعير . فإنه قال في الخبر « وَكَانَ طَعَامَنَا يَوْمَئِذٍ الشَّعِيرُ » ثم لو كان عامّاً لوجب تقديم الخاص الصريح عليه ، وفعل معمر ، وقوله ، لا يعارض به قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وقيل لهم ينتقض بالذهب والفضة .

٢٨٢٢ (فصل) في الخنطة وفروعها . وفروعها نوعان . أحدهما : ما ليس فيه غيره كالديق ، والسويق .

والثاني : ما فيه غيرُه ، كالخبز والمريسة ، والفالودج ، والنشاء ، وأشباهها . ولا يجوز بيع الحنطة بشيء من فروعها . وهي ثلاثة أقسام :

أحدها : السويق . فلا يجوز بيعه بالحنطة . وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك ، وأبي ثور جواز ذلك متماثلاً ومتفاضلاً .

ولنا : أنه يبيع الحنطة ببعض أجزائها متفاضلاً ، فلم يحز كبيع مكوك حنطة بمكوكي دقيق . ولا سبيل إلى التماثل . لأن النار قد أخذت من أحدهما دون الآخر . فأشبهت المقلية .

القسم الثاني : ما معه غيرُه . فلا يجوز بيعها به أيضاً . وقال أصحاب أبي حنيفة : يجوز ذلك بناء على مسألة مد عجوة . وسنذكر الدليل على ذلك إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث : الدقيق ، فلا يجوز بيعها به في الصحيح . وهو مذهب سعيد بن المسيب ، والحن ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، وأبي حنيفة ، ومكحول . وهو المشهور عن الشافعي ، وعن أحمد رواية أخرى . أنه جائز . وبهذا قال ربيعة ، ومالك . وحكي ذلك عن النخعي ، وقتادة ، وابن شبرمة ، وإسحاق ، وأبي ثور . لأن الدقيق نفس الحنطة . وإنما تكسرت أجزاؤها . فجاز بيع بعضها ببعض ، كالحنطة المكسرة بالصاح . فعلى هذا إنما تباع الحنطة بالدقيق وزناً . لأنها قد تفرقت أجزاؤها بالطحن وانتشرت . فتأخذ من المكيال مكاناً كبيراً . والحنطة تأخذ مكاناً صغيراً ، والوزن يسوي بينهما . وبهذا قال إسحاق .

ولنا : أن بيع الحنطة بالدقيق بيع للحنطة بنفسها متفاضلاً ، فحرم ، كبيع مكيلة بمكيلتين . وذلك لأن الطحن قد فرق أجزاءها . فيحصل في مكيالها دون ما يحصل في مكيال الحنطة . وإن لم يتحقق التفاضل فقد جهل التماثل . والجهل بالتماثل كالعلم بالتفاضل فيما يشترط التماثل فيه . ولذلك لم يحز بيع بعضها ببعض جزافاً ، وتساوياً في الوزن لا يلزم منه التساوي في الكيل . والحنطة ، والدقيق مكيلان ، لأن الأصل الكيل ، ولم يوجد ما ينقل عنه ، ولأن الدقيق يشبه المكيلات . فكان مكيلاً كالحنطة . ثم لو كان موزوناً لم يتحقق التساوي بين المكيل ، والموزون . لأن المكيل لا يقدر بالوزن ، كما لا يقدر الموزون بالكيل .

٢٨٢٣ (فصل) فأما بيع بعض فروعها ببعض . فيجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساوياً . وبه قال أبو حنيفة ، والمشهور عن الشافعي : المنع من ذلك . لأنه يعتبر تساويهما حالة الكمال . وهو حال كونها حنطة . وقد فات ذلك ، لأن أحد الدقيقين قد يكون من حنطة رزينة ، والآخر من حنطة خفيفة ، فيستويان دقيقاً ، ولا يستويان حنطة .

ولنا : أنهما تساويا حال العقد على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقصان ، فجاز ، كبيع التمر بالتمر .
 إذا ثبت هذا : فإنما يُباع بعضه ببعض كيلاً : لأن الحنطة مكيلةٌ ، ولم يوجد في الدقيق ، والسويق
 ما ينقلهما عن ذلك . ويُشترط أن يتساويا في النعومة . ذكره أبو بكر ، وغيره من أصحابنا . وهو مذهبُ
 أبي حنيفة . لأنهما إذا تفاوتتا في النعومة تفاوتتا في ثلثي الحال . فيصيرُ كبيع الحنطة بالدقيق . وذكر القاضي
 أن الدقيق يُباع بالدقيق وزناً ، ولا وجه له . وقد سلم في السويق أنه يُباع بالكيل والدقيق مثله . فأما
 بيع الدقيق بالسويق فالصحيح : أنه لا يجوز . وهو مذهب الشافعي . ورؤى عن أحمد : أنه يجوز . لأن
 كل واحدٍ منهما أجزاء حنطة ليس معه غيره ^(١) فأشبهه الدقيق بالدقيق ، والسويق بالسويق .
 ولنا أن النار قد أخذت من أحدهما فلم يجز بيعُ بعضه ببعض ، كالقليّة بالنّيئة ، ورؤى عن مالك ،
 وأبي يوسف ، ومحمد ، وأبي ثور : أنه لا بأس ببيع الدقيق بالسويق متفاضلاً لأنهما جنسان .
 ولنا : أنهما أجزاء جنس واحد . فلم يجز التفاضلُ بينهما ، كالدقيق مع الدقيق ، والسويق بالسويق .
 ٢٨٢٤ (فصل) فأما ما فيه غيره كالخبز وغيره فهو نوعان :

أحدهما : أن يكون ما فيه من غيره غير مقصود في نفسه ، إنما جعل فيه لمصلحته كالخبز والنشاء .
 فيجوز بيع كل واحد منهما بنوعه إذا تساويا في الشافعة ، والرطوبة ويُعتبر التساوى في الوزن . لأنه
 يقدر به في العادة ، ولا يمكن كيّله . وقال مالك : إذا تحزى أن يكون مثلاً بمثل ، فلا بأس به . وإن لم
 يؤزن به ، قال الأوزاعي ، وأبو ثور . وحكى عن أبي حنيفة : لا بأس به قرصاً بقرصين ، وقال
 الشافعي : لا يجوز بيع بعضه ببعض بحال ، إلا أن يبيع ويدقّ دقاً ناعماً ، ويبيع بالكيل . ففيه
 قولان . لأنه مكيل يجب التساوى فيه ، ولا يمكن كيّله ، فتعدت المساواة فيه ، ولأن في كل واحد
 منهما من غير جنسه . فلم يجز بيعه به كالمغشوش من الذهب والفضة ، وغيرهما .

ولنا : على وجوب التساوى أنه مطعوم موزون . فخرم التفاضل فيهما كاللحم واللبن . ومتى
 وجب التساوى وجبت معرفة حقيقة التساوى في الميعار الشرعي ، كالحنطة بالحنطة ، والدقيق بالدقيق .
 ولنا على الشافعي : أن معظم نفعه في حال رطوبته . فجاز بيعه به ، كاللبن باللبن . ولا يمتنع أن
 يكون موزوناً أصله غير موزون ، كاللحم والأدهان . ولا يجوز بيع الرطب باليابس ، لانفراد أحدهما
 بالنقص في ثلثي الحال . فأشبهه الرطب بالتمر . ولا يمنع زيادة أخذ النار من أحدهما أكثر من الآخر حال
 رطوبتهما ، إذا لم يكثر . لأن ذلك يسير ، ولا يمكن التحرز منه . أشبهه ببيع الحديثة بالعتيقة . ولا يلزم
 ما فيه من الملح ، والماء . لأن ذلك ليس بمقصود فيه ، ويراد لمصلحته . فهو كالملح في الشرج وإن ييس

(١) السويق ليس دقيقاً فقط ، وإنما هو دقيق غوط بمن أو بماء ، فيكون مخالفاً للدقيق الصافي .

الخبزُ فِدَقٌ وَجُعِلَ فَنِيَتًا بِيَعَ بِمِثْلِهِ كَيْلًا . لأنه أمكن كيُّه فرداً إلى أصله ، وقال ابن عقيل . فيه وجه آخر : أنه يُباع بالوزن . لأنه انتقل إليه .

النوع الثاني : ما فيه غيرُهُ مما هو مقصود كالمَرِيَسَةِ وَالْخَزِيرَةِ^(١) ، وَالْفَالُودَجِ ، وَخَبْزِ الْأَبَازِيرِ ، وَالْخُشْكَنَاتِجِ ، وَالسَّنْبُوسِكِ ، وَنَحْوِهِ . فلا يجوز بيع بعضه ببعض ، ولا بيع نوع بنوع آخر . لأن كل واحد منهما يشتملُ على ما ليس من جنسه . وهو مقصود كاللحم في المَرِيَسَةِ ، والعسل في الفالودج ، والماء واللُّهُن في الخَزِيرَةِ . وَيَكْثُرُ التَّفَاوُتُ فِي ذَلِكَ . فلا يتحقق التماثل فيه . وإذا لم يمكن التماثل في النوع الواحد ففي النوعين أولى .

٢٨٢٥ (فصل) والحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الخنطة . ويجوز بيع الخنطة ، والمصنوع منها بغيرها من الحبوب ، والمصنوع منها . لعدم اشتراط المائلة بينهما . والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ وسائر اللُّحْمَانِ جنس واحد ﴾

أراد جميع اللحم ، وجمعه — وهو اسمُ جنس — لاختلاف أنواعه ، ظاهر كلام الخِرْقِيِّ : أن اللحم كلمة جنس واحد . وذكره أبو الخطَّاب ، وابن عقيل ، روايةً عن أحمد : وهو قول أبي ثور ، وأحد قولي الشافعي . وأنكر القاضي أبو يَمَلَى كَرَنَ هذا روايةً عن أحمد . وقال : الأنعامُ والوَحُوشُ والطيرُ ودوابُّ الماء أجناسٌ يجوز التفاضلُ فيها روايةً واحدةً . وإنما في اللحم روايتان .

إحداهما : أنه أربعة أجناس كما ذكرنا . وهو مذهب مالك ، إلا أنه يجعل الأنعام والوحش جنساً واحداً . فيكون عنده ثلاثة أصناف .

والثانية : أنه أجناس باختلاف أصوله ، وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي . وهي أصح . لأنها فروع أصول هي أجناس . فكانت أجناساً ، كالأدِقَةِ ، والأخباز . وهذا اختيار ابن عقيل . واختيار القاضي : أنها أربعة أجناس . وحمل كلام الخِرْقِيِّ عليها . واحتج بأن لحم هذه الحيوانات تختلف المنفعةُ بها . والقصد إلى أكلها . فكانت أجناساً . وهذا ضعيف جداً . لأن كونها أجناساً لا يوجب حصرها في أربعة أجناس . ولا نظير لهذا ، فيقاس عليه . ولا يصح حملُ كلام الخِرْقِيِّ عليه ، لعدم احتمال لفظه له ، وتصريحه في الأيمان بأنه إذا حلف لا يأكل لحماً فأكل من اللحم الأنعام أو الطائر أو السمك حنث . فيتعين حملُ كلامه على عمومهِ في أن جميع اللحم جنس . لأنه اشترك في الاسم الواحد حال حدوث الرِّبَا فيه . فكان جنساً واحداً كالطعام ، والصحيح : أنه أجناس باختلاف أصوله . وهذا الدليل ينقض بالتمر الهندي ، والتمر

(١) الخزيرة : عسيدة أو مرقة من بلالة النخالة والفالودج نوع من الحلوى وباقي الأصناف كلها مأخوذة من الخنطة .

البرثني ، وعسل القصب ، وعسل النحل ، وغير ذلك . فعلى هذا : لحم الإبل كله صنف بمخاتئها^(١) وعراؤها ، والبقر عراؤها^(٢) ، وجواميسها صنف ، والغنم ضأنها ومعزها صنف . ويحتمل أن يكونا صنفين . لأن الله تعالى سماها في الأزواج الثمانية فقال (٦ : ١٤٣) ثَمَانِيَةَ أَزْوَاجٍ مِنَ الضَّأْنِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْمَعْزِ اثْنَيْنِ) ففرق بينهما ، كما فرق بين الإبل ، والبقر . فقال (٦ : ١٤٤) وَمِنَ الْإِبِلِ اثْنَيْنِ وَمِنَ الْبَقَرِ اثْنَيْنِ) والوحش أصناف : بقرها صنف ، وغنمها صنف ، وظباؤها صنف ، وكل ماله اسم يخصه فهو صنف . والطيور أصناف . كل ما انفرد باسم ، وصفة فهو صنف . فبيع لحم صنف بلحم صنف آخر متفاضلاً ومماثلاً . ويبيع بصفة مماثلاً ومن جعلها صنفًا واحدًا لم يجوز عنده بيع لحم بلحم إلا مماثلاً .

٢٨٢٦ «مسألة» قال ﴿ لا يجوز بيع بعضه ببعض رطباً . ويجوز إذا تناهى جفافه مثلاً بمثل ﴾ اختار الخرق أنه لا يباع بعضه ببعض إلا في حال جفافه ، وذهب رطوبته كلها . وهو مذهب الشافعي . وذهب أبو حفص في شرحه إلى هذا . قال القاضي والمذهب جواز بيعه . ونص عليه . وقوله في الرطب بالرطب يجوز البيع ينتبه على إباحة بيع اللحم باللحم من حيث كان اللحم حال كماله ، ومعظم نفعه في حال رطوبته دون حال يابس . فخرى مجرى اللبن ، بخلاف الرطب . فإن حال كماله ومعظم نفعه في حال يابسه . فإذا جاز فيه البيع ففي اللحم أولى ، ولأنه وجد التماثل فيهما في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص . فجاز ، كبيع اللبن باللبن . فأما بيع رطبه بياسه ، أو نيئه بمطبوخه ، أو مشويه فغير جائز ، لانفراد أحدهما بالنقص في الثاني ، فلم يجوز ، كالرطب بالتمر .

٢٨٢٧ (فصل) قال القاضي: ولا يجوز بيع بعضه ببعض إلا منزوع العظام، كما لا يجوز بيع العسل بالعسل إلا بعد التصفية . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، وكلام أحمد رحمه الله يقتضي الإباحة من غير نزع عظامه ، ولا جفافه ، قال في رواية حنبل : إذا صار إلى الوزن مثلاً بمثل رطلاً برطل ، فأطلق ، ولم يشترط شيئاً . وذلك لأن العظم تابع للحم بأصل الخلقة ، فلم يشترط نزع ، كالنوى في التمر . وفارق العسل من حيث إن اختلاط الشمع بالعسل من فعل النحل ، لا من أصل الخلقة .

٢٨٢٨ (فصل) واللحم والشحم جنسان ، والسكبد صنف ، والطحال صنف ، والقلب صنف ، والمنخ صنف . ويجوز بيع كل صنف بصنف آخر متفاضلاً ، وقال القاضي : لا يجوز بيع اللحم بالشحم .

(١) البخاني : جمع بختى أو بختية ، بضم الباء وهى الجمال الحراسانية ، وحجمها أكبر من حجم العراب وهى الجمال العربية .

(٢) العراب : البقر ، لأنها التى كانت موجودة بكثرة فى بلاد العرب .

وكره مالك ذلك ، إلا أن يتأثلاً ، وظاهر المذهب : إباحة البيع فيهما متماثلاً ومتفاضلاً ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي ، لأنهما جنسان . فجاز التفاضل فيهما كالذهب والفضة . وإن منع منه لكون اللحم لا يخلو من شحم لم يصح . لأن الشحم لا يظهر ، وإن كان فيه شيء فهو غير مقصود . فلا يمنع البيع ، ولو منع لذلك لم يجز بيع لحم بلحم ، لاشتغال كل واحد منهما على ما ليس من جنسه . ثم لا يصح هذا عند القاضي : لأن السمين الذي يكون مع اللحم لحم عنده ، فلا يتصور اشتغال اللحم على الشحم . وذكر القاضي أن اللحم الأبيض الذي على ظاهر اللحم الأحمر هو والأحمر جنس واحد ، وأن الآلية والشحم جنسان ، وظاهر كلام الخِرقي خلاف هذا ، لقوله : إن اللحم لا يخلو من شحم ، ولو لم يكن هذا شحمًا لم يختلط لحم بشحم ، فعلى قوله كل أبيض في الحيوان يذوب بالأذابة ، وبصير دهنًا فهو جنس واحد ، وهذا أصح ، لقوله تعالى : (٦ : ١٤٦ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شُحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا) فاستثنى ما حملت الظهور . من الشحم ، ولأنه يشبه الشحم في ذوبه ، ولونه ، ومقصده . فكان شحمًا كالذي في البطن .

٢٨٢٩ (فصل) وفي اللبن روايتان : إحداهما : هو جنس واحد ، لما ذكرنا في اللحم . والثانية : هو أجناس باختلاف أصوله كاللحم . وهذا مذهب الشافعي . وبه قال مالك : لأن الأنعام كلها جنس واحد . وقال ابن عقيل : لبن البقر الأهلية ، والوحشية جنس واحد ، على الروايات كلها . لأن اسم البقر يشملهما . وليس بصحيح . لأن لحمهما جنسان . فكان لبنهما جنسين . كالإبل ، والبقر . ويجوز بيع اللبن بغير جنسه متفاضلاً ، وكيف شاء بدأ بيد ، وبجنسه متماثلاً كيلاً ، قال القاضي : هو مكيل ، لا يباع إلا بالكيل . لأنه العادة فيه . ولا فرق بين أن يكونا حليتين ، أو حامضتين ، أو أحدهما حليب والآخر حامض . لأن تغيير الصفة لا يمنع جواز البيع ، كالجودة والرذالة . وإن شيب أحدهما بماء ، أو غيره لم يجز بيعه بخالص ، ولا بمشوب من جنسه . لأن معه من غير جنسه ، لغير مصلحته .

٢٨٣٠ (فصل) ويتفرع من اللبن قسمان : ما ليس فيه غيره كالزبد ، والسمن ، والحليب ، واللبن^(١) ، وما فيه غيره . وكلاهما لا يجوز بيعه باللبن . لأنه مستخرج من اللبن . فلم يجز بيعه بأصله الذي فيه منه ، كالحيوان باللحم ، والسمسم بالشيرج . وهذا مذهب الشافعي . وعن أحمد : أنه يجوز بيع اللبن بالزبد إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذي في اللبن ، وهذا يقتضي جواز بيعه به متفاضلاً ، ومنع جوازه متماثلاً ، قال القاضي : وهذه الرواية لا تخرج على المذهب ، لأن الشيتين إذا دخلهما الربا لم يجز بيع أحدهما بالآخر ومعه من غير جنسه ، كدعجوة ودرهم بمدن ، والصحيح : أن هذه لرواية

(١) اللبن : أول اللبن .

دالة على جواز البيع في مسألة مدّ عَجْوَةٍ . وكونها مخالفة لروايات آخر لا يمنع كونها رواية كسائر الروايات المخالفة لغيرها . لكنها مخالفة لظاهر المذهب . والحكم في السمن كالحكم في الزبد ، وأما اللبن بالمَخِيض الذى فيه زبد فلا يجوز . نصّ عليه أحمد . فقال : اللبن بالمخيض لا خير فيه . ويتخرج الجواز كالتى قبلها ، وأما اللبن باللّبا ، فإن كان قبل أن تمت النار جازاً متاملاً . لأنه لبن بلبن . وإن مسته النار لم يجز ، وذكر القاضى وجهاً : أنه يجوز . وليس بصحيح . لأن النار عقدت أجزاء أحدهما ، وذهبت ببعض رطوبته . فلم يجز بيعه بما لم تمت النار ، كالخبز بالعجين ، والمقلية بالنيئة . وهذا مذهب الشافعى . وأما بيع النوع من فروع اللبن بنوعه فما فيه خلط من غير اللبن كالإكشك ، والكامخ^(١) ونحوهما لا يجوز بيعه بنوعه ولا بغيره . لأنه مختلط بغيره . فهو كسألة مدّ عَجْوَةٍ ، وما ليس فيه غيره ، أو فيه غيره إلا أن ذلك الغير لمصلحة ، فيجوز بيع كل نوع منه ببيع بعضه ببعض ، إذا تساوى في المشافقة والرطوبة . فيبيع المَخِيض بالمَخِيض ، واللّبا باللّبا ، والجبن بالجبن ، والمصل بالمصل ، والأقط بالأقط ، والزبد بالزبد ، والسمن بالسمن ، متساوياً ، ويُعتبر التساوى بين الأقط بالأقط بالكيل . لأنه قُدر بالصاع في صدقة الفطر . وهو يشبه السكيات . وكذلك المصل والمَخِيض ، ويُباع الخبز بالخبز بالوزن ، لأنه موزون ، ولا يمكن كيّله ، فأشبهه الخبز^(٢) وكذلك الزبد والسمن . ويتخرج أن يُباع السمن بالكيل . ولا يُباع ناشف من ذلك برطب ، كما لا يُباع الرطب بالتمر ، ويحتمل كلام الخِرَقى أن لا يُباع رطب من ذلك برطب كاللحم . وأما بيع ما نزع من اللبن بنوع آخر ، كالزبد والسمن والمخيض . فظاهر المذهب : أنه يجوز بيع الزبد والسمن بالمخيض متاملاً ومُتفاضلاً . لأنهما جنسان . وذلك لأنهما شيان من أصل واحد ، أشبه اللحم بالشحم . ومن أجاز بيع الزبد بالمخيض : الثورى ، والشافعى ، وإسحاق . ولأن اللبن الذى في الزبد غير مقصود ، وهو يسير . فأشبهه الملح في الشيرج . وبيع السمن بالمخيض أولى بالجواز ، خلط السمن من المخيض . ولا يجوز بيع الزبد بالسمن . لأن في الزبد لبناً يسيراً ، ولا شيء في السمن ، فيختل التماثل . ولأنه مستخرج من الزبد ، فلم يجز بيعه به ، كالزيتون بالزيت . وهذا مذهب الشافعى . وقال القاضى : عندى يجوز . لأن اللبن في الزبد غير مقصود ، فوجوده كعدمه . ولذلك جاز بيعه بالمخيض وبزبد مثله . وهذا لا يصح ، لأن التماثل واجب بينهما . وانفراد أحدهما بوجود اللبن فيه يخل بالتماثل ، فلم يجز بيعه به ، كتمر منزوع النوى يتمر فيه نواه . ولأن أحدهما برطوبة لا توجد في الآخر . فأشبهه الرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، وكل

(١) الكامخ : نوع من أنواع الإدام معروف .

(٢) كذا في الأصل .

رَطْبٍ يَبَاسٍ مِنْ جِنْسِهِ . وَلَا يَحْجُوزُ بِبَيْعِ شَيْءٍ مِنَ الزَّبَدِ وَالسَّمَنِ وَالْخَيْضِ بِشَيْءٍ مِنْ أَنْوَاعِ اللَّبَنِ ، كَالْجَبْنِ وَاللَّبَنِ وَنَحْوِهَا . لِأَنَّ هَذِهِ الْأَنْوَاعَ لَمْ يَفْتَزَعْ مِنْهَا شَيْءٌ . فَيَسْكُونُ حَكْمُهَا حَكْمَ اللَّبَنِ الَّذِي فِيهِ زَبَدُهُ . فَلَمْ يَحْجُزْ بَيْعُهَا ، كَبَيْعِ اللَّبَنِ بِهَا . وَأَمَّا بَيْعُ الْجَبْنِ بِالْأَقِطِ ، فَلَا يَحْجُوزُ مَعَ رُطُوبَتَيْهَا ، أَوْ رُطُوبَةِ أَحَدِهَا ، كَمَا لَا يَحْجُوزُ بَبَيْعِ الرُّطْبِ بِالْقَمْزِ . وَإِنْ كَانَا يَابَسِينَ احْتَمَلُ أَنْ لَا يَحْجُوزَ أَيْضًا . لِأَنَّ الْجَبْنَ مَوْزُونٌ ، وَالْأَقِطُ مَسْكُوكٌ . فَلَمْ يَحْجُزْ بَيْعُ أَحَدِهَا بِالْآخَرِ ، كَالْحَبْزِ بِالْدَقِيقِ . وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ إِذَا تَمَاثَلَا ، كَبَيْعِ بِالْحَبْزِ .

٢٨٣١ « مسألة » قال ﴿ وَلَا يَحْجُوزُ بِبَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ ﴾

لَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَحْجُوزُ بِبَيْعِ اللَّحْمِ بِحَيَوَانٍ مِنْ جِنْسِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَقَوْلُ فُقَهَاءِ الْمَدِينَةِ السَّبْعَةِ . وَحُكِيَ عَنْ مَالِكٍ : أَنَّهُ لَا يَحْجُوزُ بِبَيْعِ اللَّحْمِ بِحَيَوَانٍ مُعَدَّةٍ لِلْحَمِّ . وَيَحْجُوزُ بغيره ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَحْجُوزُ مُطْلَقًا . لِأَنَّهُ بَاعَ مَالُ الرَّبَا بِمَالٍ رَبَا فِيهِ . أَشْبَهَ بِبَيْعِ اللَّحْمِ بِالْدَّرَاهِمِ ، أَوْ بِلَحْمٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ .

وَلَنَا : مَارُوى أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « نَهَى عَنْ بَيْعِ الْأَخْمِ بِالْحَيَوَانِ » رَوَاهُ مَالِكٌ فِي الْمَوْطَأِ ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيْبِ ، عَنِ النَّبِيِّ ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : هَذَا أَحْسَنُ أَسَانِيدِهِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « أَنَّهُ نَهَى أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يَمَيَّتَ » ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ « أَنْ جَزَّ وَأُنْحِرَتْ ، فَجَاءَ رَجُلٌ بِعَنْاقٍ ^(١) فَقَالَ : أَعْطُونِي جُزْءًا مِنْ هَذَا الْمَنْعَقِ . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَصْلُحُ هَذَا » قَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا أَعْلَمُ مُخَالَفًا لِأَبِي بَكْرٍ فِي ذَلِكَ ، وَقَالَ أَبُو الزِّنَادِ : وَكُلُّ مَنْ أَدْرَكَتْ يَنْهَى عَنْ بَيْعِ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ ، وَلِأَنَّ اللَّحْمَ نَوْعٌ فِيهِ الرَّبَا بِبَيْعِ بَأَصْلِهِ الَّذِي فِيهِ مِنْهُ . فَلَمْ يَحْجُزْ ، كَبَيْعِ السَّمِسمِ بِالشَّيْرِجِ ، وَبِهَذَا فَارِقٌ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ، وَأَمَّا بَيْعُ اللَّحْمِ بِحَيَوَانٍ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ وَالْخَرَقِيِّ : أَنَّهُ لَا يَحْجُوزُ . فَاِنْ أَحْمَدُ سُئِلَ عَنْ بَيْعِ الشَّاةِ بِاللَّحْمِ ؟ فَقَالَ : لَا يَصَحُّ . لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « نَهَى أَنْ يُبَاعَ حَتَّى يَمَيَّتَ » وَاخْتَارَ الْقَاضِي جَوَازَهُ ، وَلِلشَّافِعِيِّ فِيهِ قَوْلَانِ . وَاحْتِجَّ مِنْ مَنَعِهِ بِمُؤَمِّمِ الْأَخْبَارِ ، وَبِأَنَّ اللَّحْمَ كُلَّهُ جِنْسٌ وَاحِدٌ . وَمِنْ أَجَازِهِ قَالَ : مَالُ الرَّبَا بِبَيْعِ بغيرِ أَصْلِهِ ، وَلَا جِنْسِهِ . فَجَازَ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ بِالْأَثْمَانِ . وَإِنْ بَاعَهُ بِحَيَوَانٍ غَيْرِ مَا كَوَّلَ اللَّحْمَ جَازَ فِي ظَاهِرِ قَوْلِ أَصْحَابِنَا . وَهُوَ قَوْلُ عَامَّةِ الْفُقَهَاءِ .

٢٨٣٢ (فصل) وَلَا يَحْجُوزُ بِبَيْعِ شَيْءٍ مِنْ مَالِ الزَّبَا بِأَصْلِهِ الَّذِي فِيهِ مِنْهُ ، كَالسَّمِسمِ بِالشَّيْرِجِ ، وَالزَّبْتِ ، وَسَائِرِ الْأَدْهَانِ بِأَصُولِهَا ، وَالْعَصِيرِ بِأَصْلِهِ ، كَعَصِيرِ الْعَنْبِ ، وَالرَّثْمَانِ ، وَالتَّقَاحِ ، وَالسَّقَرَجَلِ ، وَقَصَبِ السَّكْرِ ، لَا يَبَاعُ شَيْءٌ مِنْهَا بِأَصْلِهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يَحْجُوزُ . لِأَنَّ الْأَصْلَ مُخْتَلِفٌ ، وَالْمَعْنَى

(١) العناق : بفتح العين أنثى المعز

مختلف . وقال أبو حنيفة : يجوز إذا علم يقيناً أن ما في الأصل من الذهن والمصير أقل من المنفرد ، وإن لم يعلم لم يجوز .

ولنا : أنه مالٌ ربياً بيع بأصله الذى فيه منه . فلم يجوز ، كبيع اللحم بالحيوان . وقد أثبتنا ذلك بالنص .
٢٨٣٣ (فصل) فأما بيع شيء من هذه المتعصرات بجنسه فيجوز مطلقاً . ويجوز بيعه بغير جنسه متفاضلاً ، وكيف شاء ، لأنهما جنسان . ويُعتبر التساوى فيهما بالكيل ، لأنه يقدَّر به ، ويُباع به عادةً ، وهذا مذهب الشافعى ، وسواء كانا مطبوخين أو نيئتين ، وقال أصحاب الشافعى : لا يجوز بيع المطبوخ بجنسه . لأن النار تعقد أجزأهما ، فيختلف ، ويؤدَّى إلى التفاضل .

ولنا : أنهما متساويان في الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص . فأشبهه الله بالئ . فأما بيع الله بالمطبوخ من جنس واحد فلا يجوز ، لأن أحدهما ينفرد بالنقص في ثلثي الحال ، فلم يجوز بيعه به ، كالرطب بالتمر . وإن باع عصير شيء من ذلك بثمنه . فإن كانت فيه بقية من المستخرج منه لم يجوز بيعه به . فلا يجوز بيع الشيرج بالكسب ، ولا الزيت بثمنه الذى فيه بقية من الزيت ، إلا على الرواية التى يجوز فيها مسألة مدَّة عجوة . فإن لم يبق فيه شيء من عصيره جاز بيعه به ، متفاضلاً ومثلاً . لأنهما جنسان .

٢٨٣٤ (فصل) وإن باع شيئاً فيه الرِّبَا بفضة ببيع ، ومعهما ، أو مع أحدهما من غير جنسه ، كدرة ودرهم بمدَّة ، أو بمدَّة ، أو بدرهمين ، أو باع شيئاً محلى بجنس حليته فهذه المسألة تسمى « مسألة مدَّة عجوة » والمذهب أنه لا يجوز ذلك . نص على ذلك أحد في مواضع كثيرة ، وذكره قدماء الأصحاب . قال ابن أبي موسى في السيف المحلى ، والمنطقة ، والمراكب ^(١) الحلاة بجنس ما عليها : لا يجوز قولاً واحداً . وروى هذا عن سالم بن عبد الله ، والقاسم بن محمد ، وشريح ، وابن سيرين ، وبه قال الشافعى ، وإسحاق وأبو ثور ، وعن أحد رواية أخرى تدلُّ على أنه يجوز ، بشرط أن يكون المنفرد أكثر من الذى معه غيره ، أو يكون مع كل واحدٍ منهما من غير جنسه ، فإن مهنا نقل عن أحد في بيع الزبد باللبن : يجوز إذا كان الزبد المنفرد أكثر من الزبد الذى فى اللب . وروى حرب ، قال : قلت لأحمد : دفعت ديناراً كوفياً وديناراً ، وأخذت ديناراً شامياً وزنهما سواء ، لكن الكوفى أوضع ^(٢) ؟ قال : لا يجوز ، إلا أن ينقص الدينار . فيمطيه بحسابه فضة . وكذلك روى عنه محمد بن أبى حرب ، الجرجارى . وروى الميمونى أنه سأله : لا يشتري السيف والمنطقة حتى يفصلها ؟ فقال : لا يشتريها حتى يفصلها ، إلا أن هذا أهون من ذلك . لأنه قد يشتري أحد النوعين بالآخر يفصله . وفيه غير النوع الذى

(١) المراكب جمع مركوب ، وهو ما يركبه الانسان من الدواب وغيرها .

(٢) أضع : أقل قيمة .

يَشْتَرِي بِهِ . فَإِذَا كَانَ مِنْ فَضْلِ الثَّمَنِ ، إِلَّا أَنْ مِّنْ ذَهَبٍ إِلَى ظَاهِرِ الْقِلَادَةِ لَا يَشْتَرِيهِ حَتَّى يَفْصِلَهُ . قِيلَ لَهُ : فَمَا تَقُولُ أَنْتَ ؟ قَالَ : هَذَا مَوْضِعُ نَظَرٍ ، وَقَالَ أَبُو دَاوُدَ : سَمِعْتُ أَحَدَ سَثَلٍ عَنِ الدَّرَاهِمِ الْمَسِيئَةِ بِمَضْمَا صُفْرٍ ، وَبِمَضْمَا فِضَّةٍ بِالدَّرَاهِمِ ^(١) ؟ قَالَ : لَا أَقُولُ فِيهِ شَيْئًا ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ : رَوَى هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ خَمْسَةَ عَشَرَ نَفْسًا . كُلُّهُمْ اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّهُ لَا يَجُوزُ حَتَّى يَفْصِلَ ، إِلَّا الْمِيمُونِيُّ . وَنَقَلَ مِنْهَا كَلَامًا آخَرَ . وَقَالَ حَمَادُ بْنُ أَبِي سَلِيمَانَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : يَجُوزُ هَذَا كُلُّهُ ، إِذَا كَانَ الْفَرْدُ أَكْثَرَ مِنَ الَّذِي مَعَهُ غَيْرُهُ ، أَوْ كَانَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ غَيْرِ جَسَدِهِ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَا بَأْسَ بِبَيْعِ السَّيْفِ الْحَلِيِّ بِالْفِضَّةِ بِالدَّرَاهِمِ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ . وَاحْتِجَّ مِنْ أَجَازِ ذَلِكَ بِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا امْكُنَ حُمْلُهُ عَلَى الصَّحَةِ لَمْ يُحْمَلْ عَلَى الْفُسَادِ . لِأَنَّهُ لَوْ اشْتَرَى لِحَا مِنْ قَصَابٍ جَازَ مَعَ احْتِمَالِ كَوْنِهِ مَيِّتَةً . وَلَكِنْ وَجِبَ حُمْلُهُ عَلَى أَنَّهُ مُذَكَّرٌ تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ . وَلَوْ اشْتَرَى مِنْ إِنْسَانٍ شَيْئًا جَازَ مَعَ احْتِمَالِ كَوْنِهِ غَيْرَ مِلْكِهِ ، وَلَا إِذْنُ لَهُ فِي بَيْعِهِ ، تَصْحِيحًا لِلْعَقْدِ أَيْضًا . وَقَدْ امْكُنَ التَّصْحِيحُ هَهُنَا بِجَمْعِ الْجِنْسِ فِي مَقَابَلَةِ غَيْرِ الْجِنْسِ ، أَوْ جَعَلَ غَيْرَ الْجِنْسِ فِي مَقَابَلَةِ الزَّائِدِ عَلَى الْمَثَلِ .

وَلَنَا : مَا رَوَى فَضَالَةُ بْنُ عُبَيْدٍ قَالَ « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِقِلَادَةٍ فِيهَا ذَهَبٌ وَخَرَزٌ ابْتَاعَهَا رَجُلٌ بِتِسْعَةِ دَنَانِيرٍ ، أَوْ سَبْعَةِ دَنَانِيرٍ . فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : لَا ، حَتَّى تُمَيِّزَ بَيْنَهُمَا ، قَالَ : فَرَدَّهُ حَتَّى مَيَّزَ بَيْنَهُمَا » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَفِي لَفْظِ رَوَاهُ مُسْلِمٌ قَالَ « فَأَمَرَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالذَّهَبِ الَّذِي فِي الْقِلَادَةِ فَنَزَعَ وَحْدَهُ ، ثُمَّ قَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ وَزَنًا بوزنٍ » وَلِأَنَّ الْعَقْدَ إِذَا جَمَعَ عَوَضَيْنِ مُخْتَلِفِي الْجِنْسِ وَجِبَ أَنْ يَنْقَسِمَ أَحَدُهُمَا عَلَى الْآخَرِ عَلَى قَدَرِ قِيَمَةِ الْآخَرِ فِي نَفْسِهِ . فَإِذَا اخْتَلَفَتِ الْقِيَمَةُ اخْتَلَفَ مَا يَأْخُذُهُ مِنَ الْعَوَاضِ .

بَيَانُهُ : أَنَّهُ إِذَا اشْتَرَى عَبْدٌ قِيَمَةَ أَحَدِهِمَا مِثْلَ نِصْفِ قِيَمَةِ الْآخَرِ بِعَشْرَةٍ كَانَ ثَمَنُ أَحَدِهِمَا ثَلَاثِي الْعَشْرِ ، وَالْآخَرُ ثَلَاثًا . فَلَوْ رَدَّ أَحَدُهُمَا بِمِثْلِ رَدِّهِ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ . وَلِذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى شَيْئًا ^(٢) ، وَسَيَفْئِدًا بِثَمَنِ أَخَذَ الشَّفِيعَ الشَّفِيعَ بِقِسْطِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، فَإِذَا فَعَلْنَا هَذَا فِيمَنْ بَاعَ دَرَاهِمًا وَمَدًّا أَقِيمَتُهُ دَرَاهِمًا بِمَدَيْنِ قِيَمَتِهَا ثَلَاثَةٌ حَصَلَ الدَّرَاهِمُ فِي مَقَابَلَةِ ثَلَاثِي مُدٍّ ، وَالْمُدُّ الَّذِي مَعَ الدَّرَاهِمِ فِي مَقَابَلَةِ مَدٍّ وَثَلَاثٌ . فَهَذَا إِذَا تَفَاوَتَ الْقِيَمُ ، وَمَعَ التَّسَاوِي يُجْمَلُ ذَلِكَ . لِأَنَّ التَّقْوِيمَ ظَنٌّ ، وَتَحْمِينٌ ، وَالْجَهْلُ بِالتَّسَاوِي كَالْعِلْمِ بَعْدَهُ فِي بَابِ الرِّبَا ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَجْزِ بَيْعُ صُبْرَةٍ بِصُبْرَةٍ بِالظَّنِّ وَالْخَرَصِ ، وَقَوْلُهُمْ : يَجِبُ تَصْحِيحُ الْعَقْدِ . لَيْسَ كَذَلِكَ ، بَلْ يُحْمَلُ عَلَى مَا يَتَقَضِيهِ مِنْ صِحَّةٍ وَفُسَادٍ . وَلِذَلِكَ لَوْ بَاعَ بِثَمَنِ ، وَأُطْلِقَ ، وَفِي الْبِلَادِ نَقُودٌ بَاطِلٌ ، وَلَمْ يُحْمَلْ عَلَى نَقْدٍ أَقْرَبَ الْبِلَادِ إِلَيْهِ .

(١) بالدراهم : أى التى كلها فضة :

(٢) الشفيع : الجزء من العقار أو الأرض أو العبد أو غير ذلك :

أما إذا اشترى من إنسان شيئاً فإنه يصح . لأن الظاهر أنه ملكة ، لأن اليد دليل الملك . وإذا باع لحماً فالظاهر أنه مذكى . لأن المسلم في الظاهر لا يبيع الميتة .

٢٨٣٥ (فصل) فأما إن باع نوعين مختلفي القيمة من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس ، كدينار مغربي ودينار سابوري بدينارين مغربيين ، أو دينار صحيح ، ودينار قراضة بدينارين صحيحين ، أو قراضتين ، أو حنطة حمراء وسمراء بيضاء ، أو تمر أبرنياً ومعلتياً بأبرحيمي . فإنه يصح . قال أبو بكر : وأما إليه أحد ، واختار القاضي أبو يعلى أن الحكم فيها كالتي قبلها . وهو مذهب مالك ، والشافعي . لأن العقد يقتضي انقسام الثمن على عروضه على حسب اختلافه في قيمته ، كما ذكرنا . وروى عن أحمد مبيع ذلك في النقد ، وتجويزه في الثمن . نقله أحمد بن القاسم . لأن الأنواع في غير الأثمان يكثر اختلافها ، ويشق تمييزها ، فعفى عنها بخلاف الأثمان .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالذَّهَبِ مِثْلًا بِمِثْلٍ وَالْفِضَّةُ بِالْفِضَّةِ مِثْلًا بِمِثْلٍ » الحديث ، وهذا يدل على إباحة البيع عند وجود المائلة المراجعة^(١) وهي المائلة في الموزون ووزناً ، وفي المكيال كيلاً ولأن الجودة ساقطة في باب الرِّبَوات فيما قبول بجنسه فيما لو اتحد النوع في كل واحد من الطرفين ، فكذلك إذا اختلفا . واختلفا القيمة ينفي على الجودة ، والرداءة . لأنه باع ذهباً بذهب ، متساوياً في الوزن فصح ، كما لو اتفق النوع . وإنما يقسم العوض على المعوض فيما يشتمل على جنسين ، أو في غير الربويات ، بدليل ما لو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد وردى .

٢٨٣٦ (فصل) وإن باع مافيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما يبيع به إلا أنه غير مقصود . كدار مموه سقفاً بالذهب جاز ، لا أعلم فيه خلافاً . وكذلك لو باع داراً بدار مموه سقفاً كل واحدة منهما بذهب ، أو فضة جاز . لأن مافيه الربا غير مقصود بالبيع . فوجوده كعدمه . كذلك لو اشترى عبداً له مال فاشترط ماله وهو من جنس الثمن ، جاز إذا كان المال غير مقصود ، ولو اشترى عبداً بعبد ، واشترط كل واحد منهما مال العبد الذي اشتراه جاز ، إذا لم يسكن ماله مقصوداً . لأنه غير مقصود بالبيع ، فأشبه التمويه في السقف . ولذلك لا تشتري رؤيته في صحة البيع ، ولا لزومه . وإن باع شاة ذات لبن ، بلبن ، أو عليها صوف بصوف ، أو باع لبوناً بلبون^(٢) ، وذات صوف بمثلها . ففيه وجهان :

أحدهما : الجواز . اختاره ابن حامد . وهو قول أبي حنيفة ، وسواء كانت الشاة حية أو مذكاة . لأن مافيه الربا غير مقصود ، فلم يمنع ، كالدار المموه سقفاً .

(١) هكذا في الأصل ، وصحتها المراجعة ، لأن الياء للتحركة المفتوحة ما قبلها قلب الفاء كالمسافة ، والمقاسة ، ونحو ذلك

(٢) لبون : ذات لبن :

والثاني : المنع . وهو مذهب الشافعي . لأنه باع مالَ الربا بأصله الذي فيه منه : أشبه الحيوان باللحم : والفرق بينهما : أن اللحم في الحيوان مقصود ، بخلاف اللبن . ولو كانت الشاة مخلوبةً اللبن جاز بيعها بمثلها ، وباللبن ، وجهاً واحداً . لأن اللبن لا أثر له ، ولا يقابله شيء من الثمن . فأشبه المالح في الشيرج ، والخبز ، والجبين وحببات الشعير في الحنطة . ولا تمكّم فيه أيضاً خلافاً : وكذلك لو كان اللبن المنفرد من غير جنس لبن الشاة جاز بكلّ حال .

ولو باع نخلةً عليها تمر ، بتمر ، أو بنخلةٍ عليها تمر . ففيه أيضاً وجهان :

أحدهما : الجواز . اختاره أبو بكر لأن التمر غير مقصود بالبيع .

والثاني : لا يجوز . ووجه الوجهين : ما ذكرناه في المسألة قبلها . واختار القاضي أنه لا يجوز . وفرق بينها وبين الشاة ذات اللبن بكون الثمرة يصحّ إفرادها بالبيع وهي معلومة ، بخلاف اللبن في الشاة . وهذا بالفرق غير مؤثّر . فإن ما يمنع إذا جاز إفراده يمنع وإن لم يجز إفراده ، كالسيف الحليّ يُباع بجنس حليّته ، وما لا يمنع لا يمنع ، وإن جاز إفراده كمال العبد .

٢٨٣٧ (فصل) وإن باع جنساً فيه الربا بجنسه ، ومع كلّ واحد من غير جنسه غير مقصود .

فذلك ينقسم أقساماً .

أحدها : أن يكون غير المقصود يسيراً . لا يؤثر في كيل ، ولا وزن . كالملاح فيما يعمل فيه ، وحبّات الشعير في الحنطة . فلا يمنع . لأنه يسير لا يُخلّ بالتماثل . وكذلك لو وجد في أحدهما دون الآخر لم يمنع ، لذلك ، ولو باع ذلك بجنس غير المقصود الذي معه ، مثل أن يبيع الخبز بالملاح جاز . لأن وجود ذلك كعدمه .

الثاني : أن يكون غير المقصود كثيراً إلا أنه لمصلحة المقصود ، كالماء في خلّ التمر ، والزبيب ، ودبس التمر . فهذا يجوز بيع الشيء منه بمثله . ويُنزّل خلطه منزلة رطوبته ، لسكونه من مصلحته ، فلا يمنع من بيعه بما يماثله ، كالرطب بالرطب . ولا يجوز بيعه بما ليس فيه خلط ، كبيع خلّ العنب بخلّ الزبيب ، لإفضائه إلى التفاضل ، فجري مجرى بيع التمر بالرطب . ومنع الشافعي ذلك كله ، إلا بيع الشيرج بالشيرج ، لسكون الماء لا بظهوره في الشيرج .

الثالث : أن يكون غير مقصود كثيراً وليس من مصلحته ، كاللبن المشوب بالماء ، والأثمان المغشوشة بغيرها . فلا يجوز بيع بعضها ببعض . لأن خلطه ليس من مصلحته . وهو يُخلّ بالتماثل المقصود فيه . وإن باعه بجنس غير المقصود ، كبيع الدينار المغشوش بالفضّة بالدراهم . احتمل الجواز . لأنه يبيعه بجنس غير مقصود فيه . فأشبهه بيع اللبن بشاة فيها لبن ، ويحتمل المنع بناءً على الوجه الآخر في الأصل ، وإن باع ديناراً

مغشوشاً بمثله ، والغشُّ فيهما متفاوتٌ ، وغيرُ معلومِ المقدار لم يحز . لأنه يخلُ بالتماثل المقصود . وإن علم التساوى في الذهب ، والغش الذي فيهما خرج على الوجهين . أولهما : الجواز . لأنهما تماثلا في المقصود وفي غيره . ولا يُفصى إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة ، لكون الغش غير مقصود ، فكأنه لا قيمة له .

٢٨٣٨ (فصل) ولو دفع إليه درهماً ، فقال : أعطني بنصف هذا الدرهم نصف درهم ، وبنصفه فلوساً ، أو حاجةً أخرى جاز . لأنه اشترى نصفاً بنصف ، وهما متساويان : فصَحَّ ، كما لو دفع إليه درهماً وقال : بعني بهذا الدرهم فلوساً ، وأعطني بالآخر نصفين ، وإن قال : أعطني بهذا الدرهم نصفاً وفلوساً جاز أيضاً . لأن معناه ذلك ، ولأن ذلك لا يُفصى إلى التفاضل بالتوزيع بالقيمة ، فإن قيمة النصف الذي في الدرهم كقيمة النصف الذي مع الفلوس يقيناً . وقيمة الفلوس كقيمة النصف الآخر سواء .

٢٨٣٩ (فصل) وما كان مُشتملاً على جنسين بأصل الخلقة ، كالتمر الذي اشتمل على النوى وما عليه ، والحيوان المشتمل على لحم وشحم وغيره ، وأشبه ذلك . فهذا إذا قوبل بمثله جاز بيعه به ولا نظر إلى ما فيه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم « أَجَازَ بَيْعَ التَّمْرِ بِالتَّمْرِ وَالتَّمْرِ بِالتَّمْرِ وَالتَّمْرِ بِالتَّمْرِ » وقد علم اشتماها على ما فيهما ، ولو باع ذلك بنوع غير مقصود فيه ، كبيع التمر الذي فيه النوى بالنوى ، ففيه عن أحمد روايتان ، قد ذكرناهما فيما مضى . فأما العسل قبل تصفيته ، فقال أصحابنا : لا يجوز بيع بعضه ببعض ، لاشتماله على عسل وشحم ، وذلك بفعل النحل . فأشبهه السيف الخلل .

٢٨٤٠ (فصل) ويحرم الربا في دار الحرب ، كتحريمه في دار الإسلام . وبه قال مالك ، والأوزاعي ، وأبو يوسف ، والشافعي ، وإسحق . وقال أبو حنيفة : لا يجري الربا بين مسلم وحرّبي في دار الحرب ، وعنه في مسلمين أسلموا في دار الحرب : لا ربا بينهما . لما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَا رِبَا بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ ، وَأَهْلِ الْحَرْبِ فِي دَارِ الْحَرْبِ »^(١) ولأن أموالهم مباحة : وإنما حظرها الأمان في دار الإسلام ، فما لم يكن كذلك كان مباحاً .

ولنا : قول الله تعالى (وَحَرَّمَ الرِّبَا) وقوله (٢ : ٢٧٥) الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ) وقال تعالى (٢ : ٢٧٨) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا) وعموم الأخبار يقتضي تحريم التفاضل وقوله « مَنْ زَادَ أَوْ زَادَادَ فَتَدَارَى » عام ، وكذلك سائر الأحاديث . ولأن ما كان محرماً في دار الإسلام كان محرماً في دار الحرب ، كالربا بين المسلمين . وخبرهم مرسل ، لا نعرف صحته . ويحتمل أنه أراد النهي عن ذلك : ولا يجوز ترك ما ورد

(١) معنى لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب ، أنه يجوز للمسلم أن يأخذ الزيادة من الحربى ، لأن ماله مباح كله للمسلم مادام حربياً ، فأخذ بعضه زيادة في المبايع يكون متدرجاً تحت السكل المباح ، فيجوز .

بتحريمه القرآن، وتظاهرت به السنة. وانعقد الإجماع على تحريمه بخبر مجهول، لم يرد في صحيح ولا مسند، ولا كتاب موثوق به. وهو مع ذلك مُرْسَلٌ مُحْتَمِلٌ. ويحتمل أن المراد بقوله «لا ربا» النهي عن الربا كقوله (٢: ١٩٧) فَلَا رَفَثَ وَلَا فُسُوقَ وَلَا جِدَالَ فِي الْحَجِّ وما ذكروه من الإباحة منتقض بالحرج إذا دخل دار الإسلام. فإن ماله مُباحٌ إلا فيما حظره الأمان. ويمكن حمله بين المسلمين على هبة التفاضل. وهو محرم بالإجماع، فكذا ههنا.

٢٨٤١ «مسألة» قال ﴿وإذا اشتري ذهباً بورق عيناً بعين، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً، فله الخيار بين أن يرد، أو يقبل، إذا كان بصرف يومه، وكان العيب يدخل عليه من غير جنسه﴾. معنى قوله «عيناً بعين» هو أن يقول: بعتك هذا الدينار بهذه الدراهم، ويشير إليهما وهما حاضران. وبغير عينه: أن يقع العقد على موصوف غير مشار إليه. فيقول: بعتك ديناراً مصرياً بمشقة دراهم ناصرية، وإن وقع القبض في المجلس. وقد يكون أحد العوضين معيناً دون الآخر. وكل ذلك جائز، والمشهور في المذهب: أن النقود تتمتع بالتمتع في العقود. فيثبت الملك في أعيانها. فعلى هذا إذا تباعا ذهباً بفضة مع التمتع فيهما ثم تقابضا، فوجد أحدهما بما قبضه عيباً لم يخل من قسمين:

أحدهما: أن يكون العيب غشاً من غير جنس المبيع. مثل أن يجد الدراهم رصاصاً، أو نحاساً، أو فيه شيء من ذلك، أو الدينار مسحاً. فالعرف باطل نص عليه أحمد وهو قول الشافعي. وذكر أبو بكر فيها ثلاث روايات. إحداهن: البيع باطل. والثانية: البيع صحيح. لأن البيع وقع على عينه، والمشتري الخيار بين الإمساك أو الرد، وأخذ البطل. والثالثة: يلزمه العقد، وليس له رده ولا بدله.

ولنا: أنه باعه غير ماسئ له، فلم يصلح، كما لو قال: بعتك هذه البقرة، فإذا هو حمار، أو هذا الثوب القز فوجده كتناً. أما القول بأنه يلزمه المبيع فغير صحيح، فإن اشترى معيناً لم يعلم عيبه فلم يلزمه ذلك بغير أرش^(١)، كسائر المبيعات. ثم إن أبا بكر يقول فيمن دلّس العيب: لا يصح بيعه مع وجود ذات المسمى في البيع. فههنا مع اختلاف الذات أولى.

القسم الثاني: أن يكون العيب من جنسه، مثل كون الفضة سوداء أو خشنّة تنفطر^(٢) عند الضرب، أو سيكتتها مخالفة لسكة السلطان. فالعقد صحيح. والمشتري مخير بين الإمساك، وبين فسخ العقد والرد. وليس له البطل. لأن العقد واقع على عينه. فإذا أخذ غيره أخذ ما لم يشتره. وإن قلنا: إن العقد لا ينعين بالتمتع في العقد فله أخذ البطل. ولا يبطل العقد. لأن الذي قبضه ليس هو المعقود

(١) الأرش: الفرق بين الثمن الحقيقي والثمن الذي قبضه

(٢) تنفطر: تنكسر

عليه . فأشبه السِّلَمَ إذا قبضه فوجد به عيباً . وإن كان العيبُ في بعضه فله ردُّ الكلِّ ، أو لمساكه . وهل له ردُّ المعيب وإمساك الصحيح ؟ هل وجهين ، بناءً على تفريق الصفقة . والحكم فيما إذا كان العوضان من جنس واحد ، كالحكم في الجنسين ، على ما ذكرنا ، لكن يتخرج على قول من منع بيع النوعين بنوع واحد من ذلك الجنس : أنه إذا وجد بعض العوض معيباً أن يبطل العقد في الجميع . لأنَّ الذي يُقابل المعيب أقلُّ من الذي يقابل الصحيح ، فيصيرُ كسألة مُدَّعَجَوَّةٍ ومذهب الشافعيّ مثلُ ما ذكرنا في هذا الفصل سواء .

٢٨٤٢ (فصل) ولو أراد أخذ أرض العيب والعوضان في العرف من جنس واحد لم يجز ، لحصول الزيادة في أحد العوضين ، وفوات المائلة المشترطة في الجنس الواحد . وخرج القاضي وجهاً بجواز أخذ الأرض في المجلس . لأن الزيادة طرأت بعد العقد . وليس لهذا الوجه وجه . فإن أرض العيب من العوض يجزى به في المراجعة ، وبأخذ به الشفع ، ويردُّ به ، إذا ردَّ المبيع بفسخ أو إقالة . ولو لم يسكن من العوض ، فبأي شيء استحقته المشتري ؟ فإنه ليس بهبة . على أن الزيادة في المجلس من العوض . ولو لم يسكن أرضاً فالأرض أولى . وإن كان الصرفُ بغير جنسه فله أخذ الأرض في المجلس . لأن المائلة غيرُ معتبرة ، وتختلف قبض بعض العوض عن بعض ما دام في المجلس لا يضر . فجاز ، كما في سائر البيع . وإن كان بعد التفرق لم يجز . لأنه يُفنى إلى حصول التفرق قبل القبض لأحد العوضين ، إلا أن يجعل الأرض من غير جنس الثمن ، كأنه أخذ أرض عيب الفضة قفيزَ حنطة فيجوز . وكذلك الحكم في سائر أموال الربا فيما بيع بجنسه ، أو بغير جنسه مما يشترط فيه القبض . فإذا كان الأرض مما لا يشترط قبضه ، كن باع قفيزَ حنطة بقفيزَي سمير فوجد في أحدهما عيباً ، فأخذ أرضه درهماً جاز ، وإن كان بعد التفرق . لأنه لم يحصل التفرق قبل قبض ما شرط فيه القبض .

٢٨٤٣ (فصل) قول الخرقى « إذا كان بصرف يومه » يعني : الردَّ جائز ما لم تنقص قيمة ما أخذه من النقد عن قيمته يوم اصطرفا . فإن نقصت قيمته ، كأن أخذ عشرةً بدينار ، فصارت أحد عشر بدينار . فظاهرُ كلام أحمد والخرقى : أنه لا يملك الردَّ لأن المبيع تمَّ عيب في يده لنقص قيمته . وإن كانت قيمته قد زادت ، مثلُ أن صارت تسعةً بدينار ، لم يمنع الردَّ . لأنه زيادةٌ وليس بعيب ، والصحيح : أن هذا لا يمنع الردَّ . لأن تغير السعر ليس بعيب . ولهذا لا يضمن في الفصب ، ولا يمنع من الردِّ بالعيب في القرض ، ولو كان عيباً . فإن ظاهر المذهب : أنه إذا تمَّ عيب المبيع عند المشتري ، ثم ظهر على عيب قديم فله رده ، وردَّ أرض العيب الحادث عنده ، وأخذ الثمن .

٢٨٤٤ (فصل) وإن تلف العوض في العرف بعد القبض ، ثم أعيبه فسخ العقد وردَّ الموجود ،

وتبقى قيمة الميب في ذمة من تلف في يده ، فبرء مثلاً ، أو عوّضها إن اتفقا على ذلك ، سواء كان الصرف بجنسه ، أو بغير جنسه . ذكره ابن عقيل . وهو قول الشافعي . قال ابن عقيل : وقد روى عن أحمد جواز أخذ الأرش . والأول أولى ، إلا أن يكونا في المجلس ، والموضان من جنسين .

٢٨٤٥ (فصل) إذا علم المصطرفان قدر الموضين جاز أن يتبايما بغير وزن ، وكذلك لو أخبر أحدهما الآخر بوزن ما معه فصدّقه . فإذا باع ديناراً بدينار كذلك واقترا ، فوجد أحدهما ما قبضه ناقصاً بطل الصرف . لأيهما تبايما ذهباً بذهب متفاضلاً . فإن وجد أحدهما فيما قبضه زيادةً على الدينار نظرت في العقد ، فإن كان قال : بعثتك هذا الدينار بهذا ، فالعقد باطل . لأنه باع ذهباً بذهب متفاضلاً . وإن قال : بعثتك ديناراً بدينار ثم تقابضا كان الزائد في يد القابض مُشاعاً مضموناً لمالكه . لأنه قبضه على أنه عوض ، ولم يفسد العقد . لأنه إنما باع ديناراً بمثله ، وإنما وقع القبض للزيادة على العقود عليه . فإن أراد دفع عوض الزائد جاز ، سواء كان من جنسه ، أو من غير جنسه . لأنه معاوضةً مُبتدأة . وإن أراد أحدهما الفسخ فله ذلك . لأن أخذ الزائد وجد البيع مُحتلطاً بغيره معيباً بعييب الشركة . ودافعه لا يلزمه أخذ عوضه ، إلا أن يكونا في المجلس ، فبرء الزائد ، ويدفع بدله . ولو كان لرجل على رجل عشرةً دنانير ، فوفاه عشرةً عدداً ، فوجدها أحد عشر . كان هذا الدينار الزائد في يد القابض مُشاعاً مضموناً لمالكه . لأنه قبضه على أنه عوّضٌ عن ماله . فكان مضموناً بهذا القبض ، ولمالكه التصرف فيه كيف شاء .

٢٨٤٦ (فصل) والدرهم والدنانير تتمّين بالتعيين في النقد ، بمعنى أنه يثبت الملك بالعقد فيما عيناه ، ويتمّين عوضاً فيه . فلا يجوز إبداله . وإن خرج منصوباً بطل العقد . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وعن أحمد : أنها لا تتمّين بالعقد . فيجوز إبدالها ، ولا يبطل العقد بخروجها منصوبةً . وهذا مذهب أبي حنيفة . لأنه يجوز إطلاقها في العقد ، فلا تتمّين بالتعيين فيه ، كالسكّال والصنجة .

وأما : أنه عوض في عقد فيتمّين بالتعيين ، كسائر الأعواض ، ولأنه أحد الموضين فيتمّين بالتعيين كالآخر . ويُفارق ما ذكره . فإنه ليس بم عوض . وإنما يراد لتقدير العقود عليه ، وتعريف قدره . ولا يثبت فيها الملك بحال ، بخلاف مسألتنا .

٢٨٤٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا تبايما ذلك بغير عينه ، فوجد أحدهما فيما اشتراه عيباً ، فله البدل إذا كان الميب ليس بدخيل عليه من غير جنسه ، كالوضوح في الذهب ، والسواد في النضة ﴾

يعني اصطرفا في الذمة ، نحو أن يقول : بعثتك ديناراً مصرياً بمشرةً دراهم ، فيقول الآخر : قبلت . فيصح البيع ، سواء كانت الدراهم والدنانير عندهما ، أو لم يكونا ، إذا تقابضا قبل الافتراق ، بأن يستقرضا أو غير ذلك . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وحكي عن مالك : لا يجوز الصرف ، إلا أن تكون

العيان حاضرتين . وعنه : لا يجوز حتى تظهر إحدى العينين وتُتَمَّيْن . وعن زُفَرٍ مثله . لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لَا تَبْيَعُوا غَائِبًا مِنْهَا بِنَاجِزٍ » ولأنه إذا لم يَعمَيِّن أحدُ العِوَضَيْنِ كان بيع دين بدين ، وهو غير جائز .

ولنا : أنهما تقابضا في المجلس فصَحَّ ، كما لو كانا حاضرين . والحديثُ يراد به أن لا يُباع عاجلٌ بأجل ، أو مقبوضٌ بغير مقبوض . بدليل ما لو عين أحدهما فإنه يصح . وإن كان الآخرُ غائِبًا ، والقَبْضُ في المجلس جرى مجرى القبض حالة العقد ، ألا ترى إلى قوله « عَيْنًا بَعَيْنٍ يَدًا بِيَدٍ » والقبضُ يجري في المجلس كذا التَمَيُّن .

فإذا ثبت هذا : فلا بدَّ من تعيينهما بالتقايض في المجلس . ومتى تقابضا فوجد أحدهما بما قبضه عيِبًا قبل التفرُّق ، فله المطالبةُ بالبدل ، سواء كان العيبُ من جنسه ، أو من غير جنسه ، لأنَّ العقد وقع على مُطْلَقٍ لا عيب فيه ، فله المطالبة بما وقع عليه العقدُ كالمُسْلِمِ فيه . وإن رضيه بعَيِّبٍ والعيب من جنسه جاز ، كما لو رضى بالمُسْلِمِ فيه مَعِيِبًا . وإن اختار أخذَ الأرضِ فإن كان الموضان من جنس واحد لم يَجْزُ . لإفضائه إلى التفاضل فيما يشترط فيه التماثل . وإن كانا من جنسين جاز . فأما إن تقابضا واقتراعا ثم وجدَ العيبَ من جنسه . فله إبداله في إحدى الروايتين ، اختارها الخلالُ وإِخْرَاقِي . ورؤى ذلك عن الحسن وقتادة . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وهو أحد قولَي الشافعي . لأن ما جاز إبداله قبل التفرُّق جاز بعده ، كالمُسْلِمِ فيه .

والرواية الثانية : ليس له ذلك . وهو قول أبي بكر ، ومذهب أبي حنيفة . والقول الثاني للشافعي . لأنه يقبضه بعد التفرُّق . ولا يجوز ذلك في الصرف . ومن صار إلى الرواية الأولى قال : قبض الأول صحَّ به العقدُ ، وقبضُ الثاني يدلُّ على الأول . ويشترط أن يأخذ البدل في مجلس الردِّ . فإن تفرقا من غير قبض بطل العقدُ . وإن وجدَ البعضَ ردِّيًا فردَّه . فعلى الرواية الأولى : له البدلُ . وعلى الثانية : يبطل في الردود . وهل يصحَّ فيما لم يردَّ ؟ على وجهين ، بناءً على تفريق الصنف . ولا فرق بين كون المبيع من جنس ، أو من جنسين . وقال مالك : إن وجدَ درهما زَيْفًا ، فرضى به جاز . وإن ردَّه انتقض الصرفُ في دينار . وإن ردَّ أحدَ عشرَ درهماً انتقض الصرفُ في دينارين . وكلما زاد على دينار انتقض الصرفُ في دينارٍ آخر .

ولنا : أن ما لا عيب فيه لم يردَّ ، فلم ينتقض الصرفُ فيما يقابله ، كسائر العِوَضِ ، وإن اختار واجدُ العيبِ الفسخَ ، فعلى قولنا له البدلُ : ليس له الفسخُ إذا أُبدِلَ له . لأنه يمكنه أخذُ حقه غير مَعِيِبٍ . وعلى الرواية الأخرى : له الفسخُ ، أو الإمساكُ في الجميع . لأنه تعذر عليه الوصول إلى ما عقد عليه ، مع

إبقاء العقد . فإن اختار أخذ أرض المييب بعد التفرق لم يكن له ذلك . لأنه عوض يقبضه بعد التفرق عن الصرف إلا على الرواية الأخرى .

٢٨٤٨ (فصل) ومن شرط المصارفة في الذمة : أن يكون الموضان معلومين . إما بصفة يتميزان بها ، وإما أن يكون للبلد نقد معلوم ، أو غالب . فينصرف الإطلاق إليه . ولو قال : بعتك ديناراً مصرئاً بمشرين درهماً من نقد عشرة دنانير . لم يصح ، إلا أن لا يكون في البلد نقد عشرة دنانير ، إلا نوع واحد . فتصرف تلك الصفة إليه . وكذلك الحكم في البيع .

٢٨٤٩ (فصل) إذا كان لرجل في ذمة رجل ذهب ، والآخر عليه درهم ، فاصطرفا بما في ذمتهما . لم يصح . وبهذا قال الليث والشافعي . وحكى ابن عبد البر عن مالك ، وأبي حنيفة جوازهما . لأن الذمة الحاضرة كالعين الحاضرة ، ولذلك جاز أن يشتري الدراهم بدنانير من غير تعيين .

ولنا أنه ^(١) بيع دين بدين ولا يجوز ذلك بالإجماع قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الدين بالدين لا يجوز . وقال أحمد : إنما هو إجماع . وقد روى أبو عبيد في الغريب « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ » وفسره بالدين بالدين ، إلا أن الأئمة روى عن أحمد : أنه سئل : أيصح في هذا حديث ؟ قال : لا . وإنما صح الصرف بغير تعيين ، بشرط أن يتقابض في المجلس ، فخرى القبض والتعيين في المجلس مجزئ وجوده حالة العقد . ولو كان لرجل على رجل دنانير فقضاه دراهم شيئاً بعد شيء نظرت . إن كان يعطيه كل درهم بحسابه من الدينار صح . نص عليه أحمد . وإن لم يفعل ذلك ثم تحاسبا بعد ذلك ، فصارفاً بها وقت الحاسبة لم يجز . نص عليه أيضاً . لأن الدنانير دين ، والدراهم صارت ديناً . فيصير بيع دين بدين . وإن قبض أحدهما من الآخر ماله عليه ، ثم صارفاً بدين ، وذمة صح . وإذا أعطاه الدراهم شيئاً بعد شيء ، ولم يقضه ذلك وقت دفعها إليه ، ثم أحضرها وقوتها . فإنه يحسب بقيمتها يوم القضاء لا يوم دفعها إليه . لأنها قبل ذلك لم تصرف في ملكه إنما هي ودعة في يده . فإن تلفت ، أو نقصت فهي من ضمان مالئها . ويحتمل أن تكون من ضمان القابض لها ، إذا قبضها بذمة الاستيفاء . لأنها مقبوضة على أنها عوض ووفاء . والمقبوض في عقد فاسد كالمقبوض في العقد الصحيح فيما يرجع إلى الضمان وعدمه . ولو كان لرجل عند صيرفي دنانير فأخذ منه دراهم لإدراها لتكون هذه بهذه لم يكن كذلك . بل كل واحد منهما في ذمة من قبضه . فإذا أرادا التصارف أحضرا أحدهما ، واصطرفا بدين وذمة .

٢٨٥٠ (فصل) ويجوز اقتضاء أحد الدين من الآخر ، ويكون صرفاً بدين وذمة ، في قول

(١) في الطبعة الثالثة (ولنا أن بيع دين بدين) ولم يذبه عليها في الخطا والصواب ، وهي صحيحة في الطبعة

ولنا : ما روى أبو داود ، والأثرم في سُننهما ، عن ابن عمر قال « كُفْتُ أبيعُ الإبلَ بالبقيع ، فأبيعُ بالدنانيرِ وأخذُ الدَّراهمَ ، وأبيعُ بالدرَاهِمِ وأخذُ الدنانيرَ ، أخذُ هذه من هذه ، وأعطي هذه من هذه . فأنيتُ النبيَّ صلى الله عليه وسلم في بيت حَفْصَةَ فقلت : يا رسول الله ، رؤيتك أسألك ، إني أبيعُ الإبلَ بالبقيع ، فأبيعُ بالدنانيرِ ، وأخذُ الدَّراهمَ ، وأبيعُ بالدرَاهِمِ وأخذُ الدنانيرَ أخذُ هذه من هذه ، وأعطي هذه من هذه ؟ فقال رسولُ اللهِ صلى اللهُ عليه وسلم : « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا ، مَا لَمْ تَقْتَرَحَا وَبَيْنَكُمَا شَيْءٌ » قال أحمد : إنما يقضيه إياها بالسعر ، لم يختلفوا أنه يقضيه إياها بالسعر إلا ما قال أصحاب الرأي : إنه يقضيه مـكـاها ذهباً على التراضي . لأنه بيعٌ في الحال ، فجاز ما تراضيها عليه إذا اختلف الجنس ، كما لو كان الموضع غرضاً . ووجه الأول : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا بَأْسَ أَنْ تَأْخُذَهَا بِسَعْرِ يَوْمِهَا » وروى عن ابن عمر « أَنَّ بَكْرَ بْنَ عَبْدِ اللَّهِ الْمَزَنِيَّ ، وَمَسْرُوقًا الْعَجَلِيَّ سَأَلَاهُ عَنْ كُرْيٍ^(١) لَهُ عَلَيْهِمَا دِرَاهِمٌ ، وَإِسْ مَعَهُمَا إِلَّا دَنَايِرُ ؟ فَقَالَ ابْنُ عَمَرَ : أَغْطُوهُ بِسَعْرِ السُّوقِ » ولأن هذا جرى مجرى القضاء ، فتد بالمثل ، كما لو قضاه من الجنس . والتماثل ههنا من حيث القيمة ، لتعدر التماثل من حيث الصورة ، قيل لأبي عبد الله : فإن أهل السوق يتفاخرون بينهم بالدايق في الدينار ، وما أشبهه ؟ فقال : إذا كانت مما يتفاخرن الناس به فسهاً فيه ، ما لم يكن حياةً ، ويزاد شيئاً كثيراً .

بمختمل وجهين :

والآخر : الجواز ، وهو قول أبي حنيفة ، لأنه ثابت في الذمة بمنزلة المقبوض ، فكأنه رضى بتعجيل المؤجل ، والصحيح الجواز إذا قضاها بسعر يومها ، ولم يحمل للمقضى ، فضلاً لأجل تأجيل ما في الذمة ، لأنه إذا لم ينقصه عن سعرها شيئاً فقد رضى بتعجيل ما في الذمة ، بغير عوض ، فأشبهه ما لو قضاها من جنس الدين ، ولم يستعمل النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر حين سأله : ولو افترق الحال لسأل واستفصل .

(١) الكرى : بفتح الكاف ، وكسر الراء ، وتشديد الباء المكارية : أى الأجير .

استوف حَقُّك منه ، فاستوفاه بعد يومين ، جاز ، ولو كان عليه دنانيرُ فوَكَّلَ غريمه في بيع داره ، واستيفاء حَقِّه من ثمنها ، فباعها بدراهم لم يُجْزَ أن يأخذ منها قدر حَقِّه ، لأنه لم يأذن له في مُصارفَةِ نفسه ، ولأنه متهم ، ولو باع جاريةً بدنانير ، فأخذ بها دراهمَ فردَّت الجاريةُ بعيب ، أو إفاة لم يسكن المشتري إلا الدنانير ، لأنه الثمن الذي وقع عليه العقد ، وإنما أخذ الدراهم بعقد صرفٍ مُستأنف . نص أحمد على هذه المسائل .

٢٨٥٣ (فصل) إذا كان عليه دين مؤجَّل ، فقال لغريمه : ضع عني بعضه ، وأعجلُ لك بقيته ، لم يُجْزَ ، كرهه زبدُ بن ثابت ، وابن عمر ، والمقدادُ وسعيدُ بن المسيب . وسالم ، والحسن ، وحماد ، والحكم ، والشافعي ، ومالك ، والثوري ، وهُشَيْم ، وابن عُيَينة ، وإسحاق ، وأبو حنيفة وقال المقداد لرجلين فعلاً ذلك ، كلاً كما قد آذن بحَرْبٍ من الله ورسوله ، وروى عن ابن عباس : أنه لم يَرِه بأساً ، وروى ذلك عن النخعي وأبي ثور ، لأنه أخذَ لبعض حَقِّه تاركٌ لبعضه ، فجاز كما لو كان الدين حلالاً ، وقال الخِرقي : لا بأس أن يُعَجَّلَ المُكَاتَبُ لسيِّده ، ويضع عنه بعضَ كُتَابته ، ولنا : أنه بيعُ الحلول ، فلم يُجْزَ ، كما لو زاده الذي له الدين . فقال له : أعطيك عشرةَ دراهمٍ وتُعَجَّلُ لي المائة التي عليك . فأما المُكَاتَبُ فإنَّ معاملته مع سيِّده ، وهو يبيع بعض ماله ببعضٍ ، فدخلت المُسَاخَمةُ فيه ، ولأنَّه سبب للعتق ، فسُومح فيه ، بخلاف غيره .

٢٨٥٤ « مسألة » قال ﴿ فإن كان العيبُ دخيلاً عليه من غير جنسه ، كان الصرف فيه فاسداً ﴾ . يعني إذا وجد أحدهما ما قبضه مَغشوشاً بفَشٍّ من غير جنسه فيُنظَرُ فيه ، فإن كان الصرف عيناً بعين فهو فاسد ، لما أسلفناه ، وإن كان بغير عين ، وعلم ذلك في المجلس فردّه ، وأخذ بدله ، فالصرف صحيح . لأنه عين المعقود عليه ، وإن اختلفا قبل ردّه فالصرف فيه فاسد أيضاً ، لأنهما تفرقا قبل قبض المعقود عليه ، ولم يقبض ما يصلح عوضاً عن المعقود عليه . وهذا ظاهر كلام الخِرقي . وقيل عن أحمد : إنه إذا أخذ البذل في مجلس الردِّ لم يبطل ، كما لو كان العيب من جنسه . وهذا فيما إذا لم يسكن مُشتري العيب عالماً بعَيْبِهِ ، فأما إن علم بعيبه فاشتراه على ذلك والعيب من جنسه جاز ، ولا خيار له ولا بدل ، وإن كان من غير جنسه ، وكان الصرف ذهباً بذهب ، أو فضةً بمثلها ، فالصرف فيه فاسد ، لأنه يُخْلَ بالتماثل ، إلا أن يبيع ذهباً أو فضةً مَغشوشاً بمثل غِشِّه ، كبيعه ديناراً صورياً بمثله ، مع علمه بتساوي غِشِّهِما ، وقد ذكرنا أن الظاهر جوازه ، وإن باع مَغشوشاً بغير مَغشوش لم يُجْزَ ، إلا أن يكون للفَشِّ قيمةٌ ، فيخرج على مسألة مدَّعجرة ، وإن كان الصرف في جنسين ، كذهب بفضة انبنى على انفاق المَغشوشة .

٢٨٥٥ (فصل) وفي إنفاق المَغشوش من النقود روايتان :

أظهرهما : الجواز ، نقل صالح عنه في دراهم يقال لها المَسْبِيَّةُ عامَّتُها نُحاس ، إلا شيئاً فيها فضة .
فقال : إذا كان شيئاً اصطلاحوا عليه مثل الفلوس اصطلاحوا عليها ، فأرجو ألا يكون بها بأس .

والثانية . التحريم : نقل حنبل في دراهم يخلط فيها مس ، ونحاس يُشْتَرَى بها ، ويُبَاع ، فلا يجوز أن يبتاع بها أحد ، كل ما وقع عليه اسم الفس فالشراء به ، والبيع حرام ، وقال أصحاب الشافعي : إن كان الفس مما لا قيمة له جاز الشراء بها ، وإن كان مما له قيمة ، ففي جواز انفاقها وجهان ، واحتج من منع انفاق المغشوشة بقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » وبأن عمر رضي الله عنه نهى عن بيع نقابة بيت المال ، ولأن المقصود فيه مجهول ، أشبه تراب الصاغة ، والأولى أن يحمل كلام أحمد في الجواز على الخصوص ، فيما ظهر غشه ، واصطُِّلح عليه ، فإن المعاملة به جائزة ، إذ ليس فيه أكثر من اشتاله على جنسين ، لا غرر فيهما ، فلا يمنع من بيعهما ، كما لو كانا متميزين ، ولأن هذا مستفيض في الأعصار ، جارٍ بينهم من غير تكبر ، وفي تحريمه مشقة ، وضرر ، وليس شراؤه بها غشاً للمسلمين ، ولا تفريراً لهم ، والمقصود منها ظاهر مرئي معلوم ، بخلاف تراب الصاغة ، ورواية المنع محمولة على ما يخفى غشه ، ويقع اللبس به ، فإن ذلك يفضي إلى التفرير بالمسلمين ، وقد أشار أحمد إلى هذا في رجل اجتمعت عنده دراهم زُيُوف ما يصنع بها ؟ قال : يَسْبِكُها ، قيل له : فيبيعها بدينار ؟ قال : لا . قيل : يبيعها بفلوس ؟ قال : لا . قيل : فيسَلِّقُها ؟ قال : لا ، إني أخاف أن يفرَّ بها مسلماً . قيل لأبي عبد الله : أيتصدق بها ؟ قال : إني أخاف أن يفرَّ بها مسلماً ، وقال : ما يذبحي له ، لأنه يفرَّ بها المسلمين ، ولا أقول : إنه حرام ، لأنه على تأويل ، وذلك إنما كرهته لأنه يفرَّ بها مسلماً . فقد صرح بأنه إنما كرهه لما فيه من التفرير بالمسلمين ، وعلى هذا يحمل منع عمر نقابة بيت المال ، لما فيه من التفرير بالمسلمين ، فإن مشتريها ربما خلطها بدراهم جيِّدة ، واشترى بها ممن لا يعرف حالها ، ولو كانت مما اصطُِّلح على إنفاقه لم يكن نقابة ، فإن قيل : فقد روى عن عمر : أنه قال : مَنْ زَاوَتْ عليه دَرَاهِمُهُ فَلْيَخْرِجْهَا إِلَى الْبَقِيعِ ، فَلْيَشْتَرِهَا بِهَا سَحَقُ الثِّيَابِ . وهذا دليل على جواز إنفاق المغشوشة التي لم يُصْطَلَح عليها ، قلنا : قد قال أحمد : معنى زافت عليه دراهمه ، أي نفيت ، ليس أنها زُيُوف ، فيتعين حمله على هذا ، جمعاً بين الروایتين عنه ، ويحتمل أنه أراد ما ظهر غشه ، وبأن زيفه بحيث لا يخفى على أحد ، ولا يحصل بها تفرير ، وإن تعذر تأويلها تعارضت الروایتان عنه ، ويرجع إلى ما ذكرنا من المعنى ، ولا فرق بين ما كان غشة ذا بقاء ، وثبات ، كالرصاص ، والنحاس ، ومالا ثبات له ، كالزرنجية ، والاندرازية ، وهو زرنج ونورة ، بطلى عليه فضة ، فإذا دخل النار استهلِكَ الفس وذهب .

٢٨٥٦ مسألة قال ﴿ ومتى انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا يبيع بينهما ﴾

العرف بيع الأثمان بعضها ببعض ، والقبض في المجلس شرط لصحته ، بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المتصارفين إذا افترقا قبل أن يتقابضا أن العرف فاسد ، والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم « الذَّهَبُ بِالْوَرِقِ رِبَاً إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ » وقوله عليه السلام « يَبْعُوا الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ كَيْفَ شِئْتُمْ يَدَا بَيْدٍ » ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الذهب بالورق ديناً ، ونهى أن يُباع غائبٌ منها بفاجز ، كلُّها أحاديث صحاح ، ويُجزى القبض في المجلس وإن طال ، ولو تماشيا مصطحيين إلى منزل أحدهما ، أو إلى العرف ، فتقابضا عنده جاز ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك . لا خير في ذلك . لأنهما فارقا مجلسهما ، ولنا أنهما لم يفترقا قبل التقابض ، فأشبه ما لو كانا في سفينة تسيرُ بهما ، أو راكبين على دابة واحدة تمشي بهما ، وقد دلَّ على ذلك ^(١) حديث أبي بَرزَةَ الأسديَّ للذين مَشَىا إليه من جانب العسكر : وما أراكما افترقا ، وإن تفرقا قبل التقابض بطل العرف ، لقوات شرطه ، وإن قبض البعض ، ثم افترقا بطل فيما لم يُقبض ، وفيما يقابله من العوض ، وهل يصح في المقبوض ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة ، ولو وكل أحدهما وكيلًا في القبض ، فقبض الوكيل قبل تفرقهما جاز ، وقام قبضُ وكيله مقام قبضه ، سواء فارق الوكيل المجلس قبل القبض ، أو لم يُفارقه ، وإن افترقا قبل قبض الوكيل بطل ، لأن القبض في المجلس شرط ، وقد فات ، وإن تخايرا قبل القبض في المجلس لم يبطل العقد بذلك ، لأنهما لم يفترقا قبل القبض ، وبمحمل أن يبطل إذا قلنا بلزوم العقد ، وهو مذهب الشافعي ، لأن العقد لم يبق فيه خيارٌ قبل القبض ، أشبه ما لو افترقا ، والصحيح الأول ، فإن الشرط التقابض في المجلس ، وقد وُجد ، واشتراط التقابض قبل اللزوم تحكّم بغير دليل ، ثم يبطل بما إذا تخايرا قبل العرف ، ثم اضطرفا ، فإن العرف يقع لازماً صحيحاً قبل القبض ، ثم يشترط القبض في المجلس .

٢٨٥٧ (فصل) ولو صارف رجلاً ديناراً بعشرة دراهم ، وليس معه إلا خمسة دراهم لم يجوز أن يفترقا قبل قبض العشرة كلها ، فإن قبض الخمسة ، وافترقا ، بطل العرف في نصف الدينار ، وهل يبطل فيما يقابل الخمسة المقبوضة ؟ على وجهين : بناء على تفريق الصفقة ، وإن أرادا التخلص فسخا العرف في النصف الذي ليس معه عوضه ، أو يفسخان العقد كله ، ثم يشتري منه نصف الدينار بخمسة ، ويدفعها إليه ، ثم يأخذ الدينار كله ، فيسكون ما اشتراه منه له ، وما بقي أمانة في يده ، ثم يفترقان ، ثم إذا صارفه بعد ذلك بالباقي له من الدينار ، أو اشتري به منه شيئاً ، أو جملة سَلَمًا في شيء ، أو وهبه له ، وكذلك إن وكله فيه . ولو اشتري فضةً بدینار ونصف ، ودفع إلى البائع دينارين . وقال : أنت وكيل في نصف الدينار الزائد صح ، ولو صارفه عشرة دراهم بدینار . فأعطاه أكثر من دينار ليزن له حقه في وقت آخر جاز ،

(١) كلمة ذلك ساقطة من الطبعة الثالثة التي طبعت بدار السنة الحمديّة ، ولم يذبه عليها في الخطأ والصواب .

(م ٦ - المغني - رابع)

وإن طال ، ويكون الزائد أمانةً في يده ، لا شيء عليه في تلفه ، نصّ أحدُ على أكثر هذه المسائل . فإن لم يكن مع أحدهما إلا خمسة دراهم ، فاشترى بها نصف دينار ، وقبض ديناراً كاملاً ، ودفع إليه الدراهم ، ثم اقترضها منه ، فاشترى بها النصف الباقي ، أو اشترى الدينار منه بعشرة ابتداءً ، ودفع إليه الخمسة ، ثم اقترضها منه ، ودفعها إليه عوضاً عن النصف الآخر على غير وجه الحيلة ، فلا بأس .

٢٨٥٨ (فصل) وإذا باع مُدَيَّ تَمَرٍ رَدِيءٍ بِدَرَاهِمٍ ، ثم اشترى بالدرهم تَمَرًا جَنِيْبًا ، أو اشترى من رجل ديناراً صحيحاً بدرهم ، وتقابضاهما ، ثم اشترى منه بالدراهم قُرَاضَةً من غير مُوَاطَاةٍ ، ولا حيلة ، فلا بأس به ، وقال ابن أبي موسى : لا يجوز إلا أن يَمْضَى إلى غيره ، لِيَتَنَاعَ منه ، فلا يستقيم له ، فيجوزُ أن يرجع إلى البائع ، فيبتاع منه ، وقال أحمد في رواية الأثرم : يبيعهما من غيره أَحَبُّ إلى ، قلت له : قال : لم يُلْمَ أنه يريدُ أن يبيعهما منه ؟ فقال : يبيعهما من غيره ، فهو أَطْيَبُ لِنَفْسِهِ ، وأحرى أن يستوفى الذهبَ منه ، فإنه إذا ردها إليه لعله أن لا يوفيه الذهبَ ، ولا يُحْكَمَ الوزنُ ، ولا يستقصى ، يقول : هي ترجع إليه ، قيل لأبي عبد الله : فذهب ليشتري الدراهم الذهب الذي أخذها منه من غيره فلم يجدها ، فرجع إليه ؟ فقال : إذا كان لا يُبَالِي اشترى منه ، أو من غيره فَنَعَمْ . فظاهرُ أن هذا على وجه الاستحباب ، لا الإيجاب ، ولعلَّ أحدَهما إنما أراد اجتناب المُوَاطَاةِ على هذا ، ولهذا قال : إذا كان لا يُبَالِي اشترى منه ، أو من غيره فَنَعَمْ . وقال مالك : إن فعل ذلك مرةً جاز ، وإن فعله أكثرَ من مرةٍ لم يُجْزَ ، لأنه يُضَارِعُ الرَّبَا .

ولنا : ما روى أبو سعيد ، قال : جاء بلالٌ إلى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِتَمَرٍ بَرَزَنِيٍّ ، فقال له النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « مِنْ أَيْنَ هَذَا ؟ » قال بلال : كان عندنا تمرٌ رديءٌ ، فبعْتُ صَاعَيْنِ بِصَاعٍ لِيَطْعَمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فقال له النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « أَوْه ؛ عَيْنُ الرَّبَا ، لَا تَفْعَلْ ، وَلَكِنْ إِذَا أَرَدْتَ أَنْ تَشْتَرِيَ فَبِعِ الذَّمَّ بَبَيْعٍ آخَرَ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِهِ » وروى أيضاً أبو سعيد ، وأبو هريرة « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اسْتَمَلَ رَجُلًا عَلَى خَيْرِ . فَجَاءَهُ بِتَمَرٍ جَنِيْبٍ ، فَقَالَ ، أَكُلْ تَمَرٌ خَيْرٌ هَكَذَا ؟ قَالَ : لَا ، وَاللَّهِ ، إِنَّا لَنَأْخُذُ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعَيْنِ ، وَالصَّاعَيْنِ بِالثَّلَاثَةِ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : لَا تَفْعَلْ ، بَعِ التَّمَرَ بِالدَّرَاهِمِ ، ثُمَّ اشْتَرِ بِالدَّرَاهِمِ جَنِيْبًا »^(١) متفق عليهما ، ولم بأسه أن يبيعه من غير من يشتري منه . ولو كان ذلك محرماً ما لبيته له ، وعرفه إتياءه ، ولأنه باع الجنسَ بغيره من غير شرط ، ولا مُوَاطَاةٍ . فجاز ، كما لو باعه من غيره ، ولأن ما جاز من البيعاتِ مرةً جاز على الإطلاق ، كسائر البيعاتِ . فأما إن تَوَاطَعَ على ذلك لم يجز . وكان حيلةً مُحَرَّمَةً . وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة والشافعي : يجوز ، ما لم يسكن مشروطاً في العقد .

(١) الجنب : فعيل بمعنى مفعول ، أي محبوب يمتاز عن غيره ، وهو نوع من التمر جيد معروف عند العرب .

ولنا : أنه إذا كان عن مواطأة كان حيلةً ، والحيلُ محرمة على ما سنده .

٢٨٥٩ (فصل) والحيلُ كلها محرمة غيرُ جائزة في شيء من الدين . وهو أن يُظهر عتداً مُباحاً يريد به مُحَرِّماً مُحَادَّةً ، وتوسلاً إلى فعل ما حرم الله ، واستباحة محظوراته ، أو إسقاط واجب ، أو دفع حق ، ونحو ذلك . قال أيوب السختياني « إِنْهُمْ لَيُخَادِعُونَ اللَّهَ ، كَأَنَّا يُخَادِعُونَ صَبِيًّا ، لَوْ كَانُوا يَأْتُونَ الْأَمْرَ عَلَى وَجْهِهِ كَانَ أَسْهَلَ عَلَى » فمن ذلك : ما لو كان مع رجل عشرة صحاح ، ومع الآخر خمسة عشر مكسرةً ، فافترض كل واحد منهما ما مع صاحبه ، ثم تباريا توصلاً إلى بيع الصحاح بالمكسرة متفاضلاً ، أو باعه الصحاح بمثلها من المكسرة ، ثم وهبه الخمسة الزائدة ، أو اشترى منه بها أوقية صابون ، أو نحوها ما يأخذه بأقل من قيمته ، أو اشترى منه بعشرة إلا حبةً من الصحيح مثلاً من المكسرة ، ثم اشترى منه بالحبة الباقية ثوباً قيمته خمسة دنانير . وهكذا لو أقرضه شيئاً أو باعه سلعة بأكثر من قيمتها ، أو اشترى منه سلعة بأقل من قيمتها توصلاً إلى أخذ عوضٍ ، عن القرض . فكل ما كان من هذا على وجه الحيلة فهو خبيثٌ محرَّم . وبهذا قال مالك . وقال أبو حنيفة ، والشافعي : ذلك كله ، وأشباهه جائز . إذ لم يكن مشروطاً في العقد . وقال بعض أصحاب الشافعي : يُكره أن يدخل في البيع على ذلك . لأن كل ما لا يجوز شرطاً في العقد يُكره أن يدخل عليه .

ولنا : أن الله تعالى عذب أمة بحيلة احتالوها فسخهم قردةً ، وسماهم مُعْتَدِينَ ، وجعل ذلك نكالاً ، وموعظةً للمتقين ليتعظوا بهم ، ويمتنعوا من مثل أفعالهم . وقال بعض المفسرين في قوله تعالى (١٣٨ : ٣ وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ) أي لأمة محمد صلى الله عليه وسلم ، فروى « أَنَّهُمْ كَانُوا يَنْصُبُونَ شَبَابًا كَهْمُ الْحَيَّاتَانِ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَيَتَرَكُونَهَا إِلَى يَوْمِ الْأَحَدِ . وَمِنْهُمْ مَنْ كَانَ يَحْفَرُ حَفَائِرَ ، وَيَجْعَلُ إِلَيْهَا تَجَارِي ، فَيَفْتَحُهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ . فَإِذَا جَاءَ السَّمَكَ يَوْمَ السَّبْتِ جَرَى مَعَ الْمَاءِ فِي الْحَارِي . فَيَقَعُ فِي الْحَفَائِرِ فَيَدْعُهَا إِلَى يَوْمِ الْأَحَدِ ، ثُمَّ يَأْخُذُهَا . وَيَقُولُ : مَا اضْطَرَدْتُ يَوْمَ السَّبْتِ ، وَلَا أَعْتَدْتُ فِيهِ » فهذه حيلة ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ ، وَقَدْ أَمِنَ أَنْ يُسَبِّقَ قَهْوُ قَارٍ . وَمَنْ أَدْخَلَ فَرَسًا بَيْنَ فَرَسَيْنِ وَهُوَ لَا يَأْمِنُ أَنْ يُسَبِّقَ فَلَيْسَ بِقَمَارٍ » رواه أبو داود وغيره ، فجعله قاراً مع إدخاله الفرس الثالث لكونه لا يمنع معنى القمار . وهو كون كل واحد من المتسابقين لا ينفك عن كونه آخذاً ، أو مأخوذاً منه . وإنما دخل صورة تخيلاً على إباحة الحرم ، وسائر الحيل مثل ذلك ، ولأن الله تعالى إنما حرم الحرمات لمفسدتها ، والضرر الحاصل منها . ولا نزول منسدةً مع إبقاء معناها ، بإظهارها صورة غير صورتها . فوجب أن لا يزول التحريم ، كما لو سُمي الحر بغير اسمها لم يُبيح ذلك شربها .

وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَيْسَتْ جِلْدَانِ قَوْمٍ مِنْ أُمَّتِي انْخَرَتْ بِسَمَوْنَهَا بِغَيْرِ اسْمِهَا » .

ومن الخيل في غير الربا : أنهم يتوصلون إلى بيع الشيء المنهي عنه أن يستأجر بياض أرض البستان بأمثال أجرته ، ثم يساقيه على ثمر شجره بجزم من ألف جزء للمالك ، وتسعائة وتسعة وتسعون للعامل ، ولا يأخذ منه المالك شيئاً ، ولا يريد ذلك . وإنما قصد بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بما ستماء أجره ، والعامل لا يقصد أيضاً سوى ذلك . وربما لا ينتفع بالأرض التي تسمى الأجرة في مقابلتها . ومتى لم يخرج الثمر ، أو أصابته جائحة جاء المستأجر يطلب الجائحة ، ويعتقد أنه إنما بذل ماله في مقابلة الثمرة لا غير ، ورب الأرض يعلم ذلك .

٢٨٦٠ (فصل) ولو اشترى شيئاً بمكسرة لم يجز أن يعطيه صحيحاً أقل منها . قال أحمد : هذا هو الربا المحض . وذلك لأنه يأخذ عوض الفضة أقل منها ، فيحصل النفاضل بينهما . ولو اشتراه بصحيح لم يجز أن يعطيه مكسرة أكثر منها كذلك ، فإن تفسخا البيع ، ثم عقدا بالصحيح ، أو بالمكسرة جاز . ولو اشترى ثوباً بنصف دينار لزمه نصف دينار شق^(١) . فإن عاد فاشترى شيئاً آخر بنصف آخر لزمه نصف شق أيضاً . فإن وفاه ديناراً صحيحاً بطل العقد الثاني . لأنه تضمن اشترط زيادة ثمن العقد الأول . وإن كان ذلك قبل لزوم العقد الأول بطل أيضاً . لأنه وجد ما يفسده قبل انبرامه ، وإن كان بعد تفرقهما ، فلزومه لم يؤثر ذلك فيه ، ولا يلزمه أكثر من ثمنه الذي عقد البيع به . ومذهب الشافعي في هذا كما ذكرنا .

٢٨٦١ (فصل) إذا كان له عند رجل دينار ودبعة ، فصارفه به ، وهو معلوم بقاؤه ، أو مظلون . صحح الصرف . وإن ظن أنه غير موجود لم يصح الصرف . لأن حكمه حكم المعلوم . وإن شك فيه : فقال ابن عقيل : يصح . وهو قول بغض الشافعية وقال القاضي : لا يصح . لأنه غير معلوم البقاء . وهو منصوص الشافعي .

وجه الأول : أن الأصل بقاؤه . فصح البناء عليه عند الشك . فإن الشك لا يزيل اليقين . ولذلك صحح بيع الحيوان الغائب المشكوك في حياته ، فإن تبين أنه كان نالفاً حين العقد تبين أن العقد وقع باطلاً .

٢٨٦٢ (فصل) ولا يجوز بيع تراب الصاغة ، والمعدن بشيء من جنسه . لأنه مال ربا بيع بجنسه على وجه لا تعلم المائنة بينهما فلم يصح ، كبيع الصبرق بالصبرق . وإن بيع بغير جنسه ، فحسب ابن (١) الشق : نصف كل شيء ، أي نصف دينار بمائيل لنصفه الآخر .

المنذر عن أحمد : كراهة بيع تراب المعادن . وهو قول عطاء ، والشافعي ، والشمسي ، والثوري ، والأوزاعي ، وإسحاق . لأنه مجهول . وقال ابن أبي موسى في الإرشاد . يجوز ذلك . وهو قول مالك . وروى ذلك عن الحسن ، والنخعي ، وربيعه ، والليث ، قالوا : فإن اختلط ، أو أشكل فليبعه بعرض ، ولا يبعه بعين ولا ورق . لأنه باعه بما لا ربا فيه . فجاز كما لو اشترى ثوبا بدينار ودرهم .

٢٨٦٣ « مسألة » قال (والعرايا التي أرخص فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم هو أن يوهب للإنسان من النخل ما ليس فيه خمسة أوسق ، فيبيعها بخرصها من التمر لمن يأكلها رطباً) . في هذه المسألة فصول خمسة :

أولها : في إباحة بيع العرايا في الجملة ، وهو قول أكثر أهل العلم . منهم مالك وأهل المدينة ، والأوزاعي ، وأهل الشام ، والشافعي وإسحاق ، وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : لا يحل بيعها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع المزبنة والمزبنة ببيع التمر بالتمر » متفق عليه . ولأنه يبيع الرطب بالتمر من غير كيل في أحدهما . فلم يجز ، كما لو كان على وجه الأرض ، أو فيما زاد على خمسة أوسق . ولنا : ما روى أبو هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا في خمسة أوسق ، أو دون خمسة أوسق » متفق عليه . ورواه زيد بن ثابت ، وسهل بن أبي حنيفة ، وغيرهما . وخرجه أئمة الحديث في كتبهم . وحديثهم في سياقه « إلا العرايا » كذلك في المتفق عليه . وهذه زيادة يجب الأخذ بها . ولو قدر تعارض الحديثين وجب تقديم حديثنا لخصوصه ، جمعا بين الحديثين ، وعملا بكلا النصين . وقال ابن المنذر : الذي نهى عن المزبنة هو الذي أرخص في العرايا . وطاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى . والقياس لا يُبصر إليه مع النص ، مع أن في الحديث « أنه أرخص في العرايا » والرخصة استباحة المحظور مع وجود السبب الحاضر . فلو منع وجود السبب من الاستباحة لم يبق لنا رخصة بحال .

الفصل الثاني : أنها لا تجوز في زيادة على خمسة أوسق بغير خلاف تعلمه ، وتجوز فيما دون خمسة أوسق بغير خلاف بين القائلين بجوازها . فأما في خمسة أوسق فلا يجوز عند إمامنا رحمه الله . وبه قال ابن المنذر ، والشافعي في أحد قوليه . وقال مالك ، والشافعي في قول : يجوز . ورواه إسماعيل بن سعيد ، عن أحمد . لأن في حديث زيد وسهل « أنه أرخص في العريية » مطلقاً . ثم استثنى « ما زاد على الخمسة » في حديث أبي هريرة . وشك في الخمسة ، فاستثنى اليقين ، وبقي المشكوك فيه على مقتضى الإباحة .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن المزبنة ، والمزبنة ببيع الرطب بالتمر » ثم أرخص في العريية فيما دون خمسة أوسق ، وشك في الخمسة . فبقي على العموم في التحريم . ولأن العريية رخصة بُنيت على خلاف النص ، والقياس ، يقينا فيما دون الخمسة ، والخمسة مشكوك فيها . فلا تثبت لإباحتها مع

الشك . وروى ابن المنذر بإسناده « أن النبي صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العريضة في الوسق والوسقين ، والثلاثة ، والأربعة » والتخصيص بهذا يدل على أنه لا تجوز الزيادة في العدد عليه . كما اتفقنا على أنه لا تجوز الزيادة على الخمسة لتخصيصه إياها بالذكر ، وروى مسلم عن سهل « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص في بيع العريضة النخلية والنخلتين » ولأن خمسة الأوسق في حكم ما زاد عليها . بدليل وجوب الزكاة فيها دون ما نقص عنها . ولأنها قدر تجب الزكاة فيه . فلم يجز بيعه عريضة كالزائد عليها . فأما قولهم : أرخص في العريضة مطلقاً ، فلم يثبت أن الرخصة المطلقة سابقة على الرخصة المقيدة ، ولا متأخرة عنها . بل الرخصة واحدة . رواها بعضهم مطلقة ، وبعضهم مقيدة ، فيجب حمل المطلق على المقيد . ويصير القيد المذكور في أحد الحديثين كأنه مذكور في الآخر . ولذلك بقيد فيما زاد على الخمسة اتفاقاً .

٢٨٦٤ (فصل) ولا يجوز أن يشتري أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة ، سواء اشتراها من واحد ، أو من جماعة . وقال الشافعي : يجوز للإنسان بيع جميع ثمر حائطه عراياً من رجل واحد ، ومن رجال ، في عقود متكررة . لعموم حديث زيد وسهل . ولأن كل عقد جاز مرة جاز أن يتكرر ، كسائر البيوع .

ولنا : عموم النهي عن الزاينة ، استثنى منه العريضة فيما دون خمسة أوسق ، فإزاد ببقى على العموم في التحريم . ولأن ما لا يجوز عليه العقد مرة إذا كان نوعاً واحداً لا يجوز في عقدين ، كالذي على وجه الأرض ، وكالجمع بين الأختين . فأما حديث سهل ، فإنه مقيّد بالنخلة والنخلتين . بدليل ما روينا . فيدل على تحريم الزيادة عليهما . ثم إن المطلق يحمل على المقيّد ، كما في العقد الواحد . فأما إن باع رجل عريتين من رجلين فيهما أكثر من خمسة أوسق جاز . وقال أبو بكر والقاضي : لا يجوز ، لما ذكرنا في المشتري .

ولنا أن المقلب في التجويز حاجة المشتري ، بدليل ما روى محمود بن أبيد ، قال : قلت لزيد بن ثابت : « ما عراياكم هذه ؟ فسمي رجالاً محتاجين من الأنصار شكوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الرطب يائي ، ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه . وعندهم فضول من التمر . فرخص لهم أن يبتاعوا العرايا بتمر صها من التمر الذي في أيديهم يأكلونه رطباً » وإذا كان سبب الرخصة حاجة المشتري لم تعتبر حاجة البائع إلى البيع ، فلا بتقيّد في حقه بخمسة أوسق . ولأننا لو اعتبرنا الحاجة من المشتري وحاجة البائع إلى البيع أفضى إلى أن لا يحصل الإفراق^(١) ، إذ لا يكاد يتفق وجود الحاجتين ،

(١) الإفراق : النفع ، يقال وفق فلاناً إذا نفعه كأرفقه .

ففسقط الرخصة . فإن قلنا لا يجوز ذلك بطل العقد الثاني ، وإن اشترى عَرِيَّتَيْنِ ، أو باعهما ، وفيهما أقلُّ من خمسة أوسق جاز ، وجهاً واحداً .

الفصل الثالث : أنه لا يُشترط في بيع العَرِيَّة أن تكون موهوبةً لبائعها . هذا ظاهرُ كلام أصحابنا ، وبه قال الشافعي . وظاهر قول الخرقي . أنه شرط . وقد روى الأثرم قال : سمعتُ أحمد سُئل عن تفسير العرايا ، فقال : العرايا أن يُعْرَى الرَّجُلُ الجارَ أو القَرابةَ للحاجة ، أو المسكنة ، فلمُعْرَى أن يبيعَها ممن شاء . وقال مالك : يبيعُ العرايا الجائرُ هو أن يُعْرَى الرَّجُلُ الرَّجُلَ نَحْلَاتٍ من حائطه ، ثم يسكره صاحبُ الحائط دخولَ الرجلِ المُعْرَى ، لأنه ربّما كان مع أهله في الحائط ، فيؤذيه دخولُ صاحبه عليه . فيجوز أن يشتريها منه ، واحتجُّوا بأن العَرِيَّةَ في اللغة هَبَّةُ ثَمَرَةِ النَّخِيلِ عامًّا ، قال أبو عُبَيْدٍ . الإعراء : أن يجعل الرجلُ للرجلِ ثَمَرَةَ نَخْلَةٍ عامًّا ذلك . قال الشاعر الأنصاري يصف النخل :

لَيْسَتْ بِسَنَاءٍ ^(١) وَلَا رُجِيَّةٍ ^(٢) وَلَكِنْ عَرَايَا فِي السَّيْنِ الْجَوَانِحِ

يقول : إِنَّا نُعْرِيهَا النَّاسَ ، فتمتَعَيْنَ صرف اللفظ إلى موضوعه لغةً ومقتضاه في العربية ، ما لم يوجد ما يصرفه عن ذلك .

ولنا : حديث زيد بن ثابت . وهو حجة على مالك في تصريحه بجواز بيعها من غير الواهب . ولأنه لو كان لحاجة الواهب لما اختصَّ بخمسة أوسق ، لعدم اختصاص الحاجة بها . ولم يُجزَ بيعها بالتمر . لأن الظاهر من حال صاحب الحائط الذي له النخيل الكثير يُعْرِيهِ النَّاسَ : أنه لا يَعْجِزُ عن أداء ثمن العَرِيَّةِ ، وفيه حجة على من اشترط كونها موهوبةً لبائعها . لأن علَّةَ الرُّخْصَةِ حاجةُ المشتري إلى أكل الرُّطْبِ ، ولا ثمن معه سوى التمر ، فتي وجد ذلك جاز البيع ، ولأن اشتراط كونها موهوبةً مع اشتراط حاجة المشتري إلى أكلها رُطْبًا ولا ثمن معه يُفْضِي إلى سقوط الرُّخْصَةِ . إذ لا يكاد يتفق ذلك ، ولأن ما جاز بيعه إذا كان موهوباً جاز وإن لم يكن موهوباً ، كسائر الأموال . وما جاز بيعه لوأهبه جاز لغيره ، كسائر الأموال . وإنما سُمِّيَ عَرِيَّةً لتعْرِيهِ عن غيره ، وإفراده بالبيع .

الفصل الرابع : أنه إنما يجوز بيعها بخرصها من التمر ، لا أقلَّ منه ، ولا أكثر . ويجب

(١) السناء : النخلة تحمل سنة بعد سنة .

(٢) رجية بضم الميم وفتح الجيم الخففة ، ويجوز تشديدها ، والرجية التي يغرس الشوك حولها لئلا يصل إليها آكل ، أو هي التي يبني تحتها دكان تعتمد عليه ، أو هي التي تضم أعذاقها إلى سفقاتها وتشد بالخصوص حتى لا تنفكها الريح ، يريد الشاعر أن النخلة أو النخل ليس لاستعماله ، ولا هي مما يحافظ عليه مالكة ، وإنما هي عرايا ، والسنين الجوائح المجدة ، والبيت من البحر الطويل ودخل الحرم أول جزء فيه .

أن يكون التمر الذي يُشترى به معلوماً بالسكيل . ولا يجوز جزافاً ، لا نعلم في هذا عند من أباح بيع العرايا اختلافاً ، لما روى زيد بن ثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلاً » متفق عليه . وسلم « أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ يأكلها أهلها رطباً » ولأن الأصل اعتبار السكيل من الطرفين ، سقط في أحدهما للتعذر ، فيجب في الآخر بقضية الأصل . ولأن ترك السكيل من الطرفين يكثر الضرر . وفي تركه من أحدهما يقل الضرر . ولا يلزم من صحته مع قلة الضرر صحته مع كثرتة . ومعنى خرصها بمثلها من التمر : أن يطيف الخارص بالعريّة فينظر : كم يحى منها تمرأ ؟ فيشتريها المشتري بمثلها تمرأ . وبهذا قال الشافعي . ونقل حنبل عن أحمد : أنه قال : يخرصها رطباً ، ويُعطى تمرأ رخصة ، وهذا يحمّل الأول . ويحتمل أنه يشتريها بتمر مثل الرطب الذي عليها ، لأنه بيع اشترطت المائلة فيه ، فاعتبرت حال البيع ، كسائر البيوع . ولأن الأصل اعتبار المائلة في الحال ، وأن لا يباع الرطب بالتمر . خولف الأصل في بيع الرطب بالتمر ، فيبقى فيما عداه على قضية الدليل . وقال القاضي : الأول أصح . لأنه يبنى على خرص الثمار في العشر والصحيح ثم خرصه تمرأ ، ولأن المائلة في بيع التمر بالتمر معتبرة حالة الادّخار ، وبيع الرطب بمثله تمرأ يفضى إلى فوات ذلك ، فأما إن اشتراها بخرصها رطباً لم يجوز . وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي . والثاني : يجوز . والثالث : لا يجوز مع اتفاق النوع ، ويجوز مع اختلافه . ووجه جوازه : ما روى الجوزجاني عن أبي صالح ، عن الليث ، عن ابن شهاب ، عن سالم ، عن ابن عمر ، عن زيد بن ثابت ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه أرخص بعد ذلك في بيع العريّة بالرطب ، أو التمر . ولم يرخص في غير ذلك » ولأنه إذا جاز بيع الرطب بالتمر مع اختصاص أحدهما بالنقص في ثانی الحال . فلا يجوز مع عدم ذلك أولى .

ولنا : ما روى مسلم بإسناده ، عن زيد بن ثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص في العرايا أن تؤخذ بمثل خرصها تمرأ » وعن سهل بن أبي حثمة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع التمر بالتمر ، وقال : ذلك الربا ، تلك المزابنة » إلا أنه رخص في العريّة : الفخلة والنخلتين ، يأخذها أهل البيت بخرصها تمرأ ، يأكلونها رطباً . ولأنه مبيع يجب فيه مثله تمرأ ، فلم يجوز بيعه بمثله رطباً ، كالتمر الجاف ، ولأن من له رطب ، فهو مستغن عن شراء الرطب بأكل ما عنده . وبيع العرايا يشترط فيه حاجة المشتري على ما أسلفناه . وحديث ابن عمر شك في الرطب والتمر . فلا يجوز العمل به مع الشك سيما وهذه الأحاديث تبينه وتزيل الشك .

٢٨٦٥ (فصل) ويشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس . وهذا قول الشافعي . ولا نعلم فيه مخالفاً . لأنه بيع تمر بتمر ، فاعتبر فيه شروطه ، إلا ما استثناه الشرع مما لا يمكن اعتباره في بيع العرايا ،

والقبض في كل واحد منهما على حسبه ، ففي التمر . اكتياله ، أو نقله . وفي الثمرة : التخلية ، وليس من شروطه حضور التمر عند النخيل ، بل لو تبايعا بعد معرفة التمر ، والتمر ، ثم مضيا جميعاً إلى النخلة ، فسلمها إلى مشتريها ، ثم مشياً إلى التمر فسلمه من مشتريها ، أو تسلم التمر ، ثم مضيا إلى النخلة جميعاً ، فسلمها إلى مشتريها ، أو سلم النخلة ، ثم مضيا إلى التمر ، فسلمه جاز . لأن التفرق لا يحصل قبل القبض .
إذا ثبت هذا فإن بيع العريّة يقع على وجهين :

أحدهما : أن يقول : بعثك ثمرة هذه النخلة بسكذا ، وكذا من التمر ، ويصفه .
والثاني : أن يسكيل من التمر بقدر خرصها ، ثم يقول : بعثك هذا بهذا ، أو يقول : بعثك ثمرة هذه النخلة بهذا التمر ، ونحو هذا . وإن باعه بمعين ، فقبضة بنقله ، وأخذه ، وإن باعه بموصوف فقبضه باكتياله .

الفصل الخامس : أنه لا يجوز بيعها إلا لمحتاج إلى أكلها رطباً . ولا يجوز بيعها لغنى . وهذا أحد قولي الشافعي . وأباح في القول الآخر مطلقاً لكل أحد ، لأن كل بيع جاز للمحتاج جاز للغني ، كسائر البيعات ، ولأن حديث أبي هريرة وسهل مطلقان .

ولنا : حديث زيد بن ثابت حين سأله محمود بن لبيد . « ما عرأياكم هذه ؟ فسمي رجالاً محتاجين من الأنصار شكروا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن الرطب بآني ولا نقد بأيديهم يبتاعون به رطباً يأكلونه ، وعندهم فضول من التمر فرخص لهم أن يبتاعوا العربا بخرصها من التمر يأكلونه رطباً » ومتى خولف الأصل بشرط لم تجز مخالفته بدون ذلك الشرط . ولأن ما أبيع للحاجة لم يبيخ مع عدمها ، كالزكاة للمساكين . والنرخس في السفر . فعلى هذا : متى كان صاحبها غير محتاج إلى كل الرطب ، أو كان محتاجاً ومعه من الثمن ما يشتري به العريّة . لم يجز له شراؤها بالتمر ، وسواء باعها لوأهبها تحرزاً من دخول صاحب العريّة حائطه كذهب مالك ، أو لغيره . فإنه لا يجوز . وقال ابن عقيل : يباح . ويحتمله كلام أحمد . لأن الحاجة وجدت من الجانبين . فجاز ، كما كان للمشتري محتاجاً إلى أكلها . ولنا : حديث زيد الذي ذكرناه . والرخصة لمعنى خاص لا تثبت مع عدمه . ولأن في حديث زيد وسهل « يأكلها أهلها رطباً » ولو جاز لتخليص المعري لما شرط ذلك .

فیشترط إذا في بيع العريّة شروط خمسة : أن يسكون فيما دون خمسة أوسق ، وبيعها بخرصها من التمر ، وقبض ثمنها قبل التفرق ، وحاجة المشتري إلى أكل الرطب ، وأن لا يكون معه ما يشتري به سوى التمر ، واشترط القاضي وأبو بكر شرطاً سادساً ، وهو حاجة البائع إلى البيع . واشترط الخرق : كونها موهبة لبائعها . واشترط أصحابنا لبقاء العقد : أن يأكلها أهلها رطباً . فإن تركها حتى تصير تمرأ بطل العقد . وسند كذلك إن شاء الله تعالى .

٢٨٦٦ « مسألة » قال ﴿ فإن تركه المشتري حتى يُتمِرَ بطلَ العقد ﴾ .

يعنى إن لم يأخذها المشتري رطباً بطل العقد ، خلافاً للشافعى فى قوله : لا يبطل ، وعن أحمد : مثله . لأن كل ثمرة جاز بيعها رطباً لا يبطل العقد إذا صارت تمراً كغير العريّة . ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « يأكلونها أهناً رطباً » ولأن شرائها إنما جاز للحاجة إلى أكل الرطب ، فإذا أنتمرت تبيننا عدم الحاجة ، فيبطل العقد . ثم لا فرق بين تركه لفناه عنها ، أو مع حاجته إليها ، أو تركها لعذر ، أو لغير عذر ، للخير . ولو أخذها رطباً فتركها عنده فأنتمرت ، أو شمّسها حتى صارت تمراً ، جاز . لأنه قد أخذها . ونقل عن أحمد رواية أخرى فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ، ثم تركها حتى بدا صلاحها . لا يبطل البيع . فيخرج ههنا مثله . فإن أخذ بعضها رطباً ، وترك باقية حتى أنتمرت ، فهل يبطل البيع فى الباقي ؟ على وجهين .

٢٨٦٧ (فصل) ولا يجوز بيع العريّة فى غير النخيل . وهو اختيار ابن حامد ، وقول الليث ابن سعد إلا أن يكون مما ثمرته لا يجرى فيها الرّبا . فيجوز بيع رطبها بيا بسها ، لعدم جريان الرّبا فيها . ويحتمل أن يجوز فى العنب ، والرطب دون غيرها . وهو قول الشافعى . لأن العنب كالرطب فى وجوب الزكاة فيهما ، وجواز خرصهما وتوسيقهما^(١) ، وكثرة تبييسهما ، واقتياتهما فى بعض البلدان ، والحاجة إلى أكل رطبهما ، والتنصيص على الشيء بوجوب ثبوت الحكم فى مثله . ولا يجوز فى غيرها لاختلافها فى أكثر هذه المعانى . فإنه لا يمكن خرصها لتفرقها فى الأغصان ، واستنثارها بالأوراق ، ولا بقنات يابسها . فلا يحتاج إلى الشراء به . وقال القاضى : يجوز فى سائر الثمار . وهو قول مالك ، والأوزاعى ، قياساً على ثمرة النخيل .

ولنا : ما روى الترمذى « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المزابنة : التمر بالتمر ، إلا أصحاب العربايا ، فإنه قد أذن لهم . وعن بيع العنب بالزبيب ، وكل ثمرة بحر صها » وهذا حديث حسن . وهذا يدل على تخصيص العريّة بالتمر . وعن زيد بن ثابت ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنه رخص بئس ذلك فى بيع العريّة بالرطب ، أو بالتمر . ولم يرخص فى غير ذلك » وعن ابن عمر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزابنة ، والمزابنة بيع تمر النخل بالتمر كثيراً ، وبيع العنب بالزبيب كثيراً ، وعن كل ثمرة بحر صه » ولأن الأصل يقتضى تحريم بيع العريّة ، وإنما جازت فى ثمرة النخيل رخصة . ولا يصح قياس غيرها ، عليها ، لوجهين .

(١) توسيقهما : تقديرهما بالوسق ، وهو ستون صاعاً .

أحدهما : أن غيرها لا يساويها في كثرة الافتيات بها ، وسهولة خرصها ، وكون الرخصة في الأصل لأهل المدينة ، وإنما كانت حاجتهم إلى الرطب دون غيره .

الثاني : أن القياس لا يعمل به إذا خالف نصاً . وقياسهم يخالف نصوصاً غير مخصصة ، وإنما يجوز التخصيص بالقياس على الحلّ الخصوص . ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العنب بالزبيب لم يدخله تخصيصاً ، فيقاس عليه . وكذلك سائر الثمار . والله أعلم .

باب بيع الأصول والثمار

٢٨٦٨ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (ومن باع نخلاً مؤبّراً — وهو ما قد تشقّق طلعه ، فالثمرة للبائع متروكة في النخل إلى الجزأين ، إلا أن يشترطها المبتاع) .

أصل الأبار عند أهل العلم : التلقيح . قال ابن عبد البر : إلا أنه لا يكون حتى يشقّق الطلع وتظهر الثمرة ، فعبر به عن ظهور الثمرة ، للزومه منه . والحكم متملق بالظهور ، دون نفس التلقيح ، بغير اختلاف بين العلماء ، يقال : أبرت النخلة بالتخفيف والتشديد ، فهي مؤبرة ومأبورة . ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم « خير المال : سكة مأبورة » والسكة : النخل المصفوف . وأبرت النخلة أبرها أبراً ، وإباراً ، وأبرتها تأبيراً ، وتأبرت النخلة وانتبرت ، ومنه قول الشاعر :

* تَأْبِرِي يَا خَيْرَةَ الْفَسِيلِ (١) *

وفسر الخرقى المؤبر : بما قد تشقّق طلعه . لتعلق الحكم بذلك ، دون نفس التأبير . قال القاضي : وقد يشقّق الطلع بنفسه ، وقد يشقّه الصماد (٢) فيظهر . وأيهما كان فهو التأبير المراد ههنا . وفي هذه المسألة فصول ثلاثة :

(الأول) أن البيع متى وقع على نخل مُشْرِ ، ولم يشترط الثمرة ، وكانت الثمرة مؤبّرة فهي للبائع . وإن كانت غير مؤبّرة فهي للمشتري . وبهذا قال مالك ، والليث ، والشافعي . وقال ابن أبي ليلى : هي للمشتري في الحالين . لأنها متصلة بالأصل اتصال خلاق . فكانت تابعة له ، كالأغصان ، وقال أبو حنيفة ، والأوزاعي : هي للبائع في الحالين . لأن هذا مما له حدّ ، فلم يقبض أصله في البيع ، كالزراع في الأرض .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها ، إلا أن يشترط المبتاع » متفق عليه ، وهذا صريح في ردّ قول ابن أبي ليلى ، وحجة على أبي حنيفة ، والأوزاعي

(١) الفسيل : صغار النخل ، واحدته فسيلة .

(٢) الصماد : الطلاع الذي يطلع فوق النخلة ليؤبرها .

بمفهومه . لأنه جمل التأبير حَدًّا ملك البائع للثمرة . فيكون ما قبله المشتري ، وإلا لم يكن حَدًّا ، ولا كان ذكر التأبير مفيداً . ولأنه نماء كامن لظهوره غايةً . فكان تاباً لأصله قبل ظهوره ، وغير تابع له بعد ظهوره ، كالحل في الحيوان . فأما الأغصان فإنها تدخل في اسم النخل ، وليس لانفصالها غايةً . والزرع ليس من نماء الأرض . وإنما هو مُودَع فيها .

(الفصل الثاني) أنه متى اشترطها أحد المتبايعين فهي له ، وثمرة كانت أو غير مؤثرة ، البائع فيه والمشتري سواء . وقال مالك : إن اشترطها المشتري بعد التأبير حاز . لأنه بمنزلة شرائها مع أصلها ، وإن اشترطها البائع قبل التأبير لم يحز . لأن شرطها لها بمنزلة شرائه لها قبل بُدُو صلاحها ، بشرط تركها .

ولنا : أنه استثنى بعض ما وقع عليه العقد وهو معلوم . فصَحَّ ، كما لو باع حائطاً واستثنى نخلةً بعينها . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنِ الثُّنْيَا ^(١) إِلَّا أَنْ تُعْلَمَ » ولأنه أحد المتبايعين ، فصَحَّ اشتراطه للثمرة ، كما لمشتري . وقد ثبت الأصل بالاتفاق عليه . ويقول عليه السلام « إِلَّا أَنْ بَشَّرَ طَهَا الْمُبْتَاعُ » ولو اشترط أحدهما جزءاً من الثمرة معلوماً ، كان ذلك كاشتراط جميعها في الجواز ، في قول جمهور الفقهاء . وقول أشهب من أصحاب مالك . وقال ابن القاسم : لا يجوز اشتراط بعضها . لأن الخبر إنما ورد باشتراط جميعها .

ولنا : أن ما جاز اشتراط جميعه جاز اشتراط بعضه ، كمدة الخيار . وكذلك القول في مال العهد إذا اشترط بعضه .

(الفصل الثالث) أن الثمرة إذا بقيت للبائع فله تركها في الشجر إلى أوان الجزاز ، سواء استعقها

بشرطه ، أو بظهورها . وبه قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : يلزمه قطعها وتفرغ النخل منها . لأنه مبيع مشغول بملك البائع . فلزم نقله وتفرغه ، كما لو باع داراً فيها طعام ، أو قاش له .

ولنا : أن النقل والتفرغ للبيع على حسب العرف ، والمادة ، كما لو باع داراً فيها طعام لم يجب نقله إلا على حسب المادة في ذلك . وهو أن ينقله نهائياً ، شيئاً بعد شيء . ولا يلزمه النقل ليلاً ، ولا جمع دواب البلد لنقله . كذلك ههنا يفرغ النخل من الثمرة في أوان تفرغها . وهو أوان جزازها . وقياسه حُجَّةٌ لنا لما بيناه .

إذا تقرر هذا : فالرجع في جزو إلى ما جرت به العادة . فإذا كان المبيع تحلاً حين تغناهي حلاوة ثمره ، إلا أن يكون مما يسره خير من رطبه ، أو ما جرت العادة بأخذه بسره . لأن هذا هو العادة ،

(١) الثيا : الاستثناء .

فإذا استحكمت حلاوته فعليه نقله . وإن قيل : بقاءه في شجره خير له وأبقى ، فعليه النقل ، لأن العادة في النقل قد حصت . وليس له إبقاؤه بعد ذلك . وإن كان المبيع عنباً أو فاكهة سيّوَاهُ ، فأخذهُ حين يقناهُ إدراكهُ ، وتَسْتَحْكِمُ حلاوته ، ويُجَزَّ مِثْلُهُ . وهذا قول مالك ، والشافعي .

٢٨٦٩ (فصل) فإن أبرّ بعضه دون بعض . فالمنصوصُ عن أحمد : أن ما أبرّ للبائع ، وما لم يؤتَ المشتري . وهو قول أبي بكر ، للخبر الذي عليه مَبْنَى هذه المسألة . فإن صريحه . أن ما أبرّ للبائع . ومفهومه : أن ما لم يؤتَ المشتري . وقال ابن حامد : السكّلُ للبائع . وهو مذهب الشافعي . لأننا إذا لم نجعل السكّلَ لمواتع أدّى إلى الإضرار باشتراك الأيدي في البستان . فيجب أن يُجْمَلَ ما لم يؤتَ تبعاً لما أبرّ ، كشمير النخلة الواحدة ؛ فإنه لا خلاف في أن تأثير بعض النخلة يجعل جميعها للبائع ، وقد يتبع الباطن الظاهر منه ، كأساسات الحيطان . تتبع الظاهر منه . ولأن البستان إذا بدا صلاح ثمرة منه جاز بيع جميعها ، بغير شرط القطع . كذا همنا . وهذا من النوع الواحد . لأن الظاهر : أن النوع الواحد يقتارب ، ويتلاحق . فأما إن أبرّ لم يتبعه النوع الآخر . ولم يفرق أبو الخطاب بين النوع ، والجنس كلّهُ . وهو ظاهر مذهب الشافعي . لأنه يُفْضَى إلى سوء المشاركة ، واختلاف الأيدي ، كما في النوع الواحد .

وأنا : أن النوعين يتباعدان ، ويتميز أحدهما من الآخر ، ولا يُخْشَى اختلاطهما ، واشتباهما . فأشبهما الجنسين . وما ذكره يَبْطُلُ بالجنسين ، ولا يصحّ القياسُ على النوع الواحد لافتراقهما . فيما ذكرناه . ولو باع حائطين قد أبرّ أحدهما لم يتبعه الآخر ، لأنه يُفْضَى إلى سوء المشاركة واختلاف الأيدي ، لانفراد كلّ واحدٍ منهما عن صاحبه . ولو أبرّ بعض الحائط فأفرد بالبائع ما لم يؤتَ ، فلم يبيع حكمُ نفسه ، ولا يتبع غيره . وخرج القاضى وجهاً في أنه يتبع غير المبيع ، ويكون للبائع . لأنه قد ثبت للحائط كلّهُ حكمُ التأبير . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ولا يصحّ هذا . لأن المبيع لم يؤتَ منه شيء . فوجب أن يسكون المشتري بمفهوم الخبر ، وكألو كان مُنفرداً في بستان وحده . ولأنه لا يُفْضَى إلى سوء المشاركة ، ولا اختلاف الأيدي ولا إلى ضرر . فبقى على حكم الأصل . فإن بيعت النخلة ، وقد أبرت كلّها ، أو بعضها ، فأطلعت بعد ذلك فالطلعُ للمشتري لأنه حدث في مِلْكِهِ . فساكن له ، كما لو حدث بعد جِزَازِ الثمرة . ولأن ما أطلع بعد تأبير غيره لا يكاد يشتبه به ، لتباعد ما بينهما .

٢٨٧٠ (فصل) وطلع الفَحَّال^(١) كطلع الأنث . وهو ظاهرُ كلام الشافعي . ويحتمل أن يكون طلع الفَحَّال للبائع قبل ظهوره . لأنه يُؤْخَذُ لِلأكل قبل ظهوره . فهو كشجرة لا تخافُ إلا ظاهراً ، كالتين . ويكون ظهور طلعه كظهور ثمرة غيره .

(١) الفَحَّال : بضم الفاء وتشديد الحاء ، ذكر النخل كالفحل .

ولنا : أنها ثمرة نخلٍ إذا تُركت ظهرت ، فهي كالأنث ، أو يدخلُ في عموم الخبر . وما ذكر للوجه الآخر لا يصلح . فإن أكله ليس هو المقصود منه . وإنما يراد للتلقيح به ، وهو يكون بعد ظهوره . فأشبهه طلع الأنث ، فإن باع نخلاً فيه فُحَّال ، وإنَّث لم يُشَقَّق منه شيء . فالكل للمشتري ، إلا على الوجه الآخر ، فإن طلع الفُحَّال يسكون للبائع . وإن كان قد تشقَّق طلع أحد النوعين دون الآخر ، فما تشقَّق فهو للبائع ، وما لم يشقَّق للمشتري ، إلا عند من سوى بين الأنواع كلها . وإن تشقَّق طلع بعض الأنث ، أو بعض الفُحَّال ، فالذي قد ظهر للبائع ، وما لم يظهر على ما ذكرنا من الاختلاف فيه .

٢٨٧١ (فصل) وكل عقد معاوضة يجري مجرى البيع في أن الثمرة المؤترة تسكون لمن انتقل عنه الأصل ، وغير المؤترة لمن انتقل إليه ، مثل أن يصدق المرأة نخلاً ، أو يخلعها به ، أو يجعله عوضاً في إجارة ، أو عقد صلح . لأنه عقد معاوضة . فجرى مجرى البيع . وإن انتقل بغير معاوضة كالهبه والرهن ، أو فسخ لأجل العيب ، أو فلس للمشتري ، أو رجوع الأب في هبته لولده ، أو تقايلاً للمبيع ، أو كان صدقاً رجع إلى الزوج لفسخ المرأة النكاح ، أو نصفه لطلاق الزوج . فإنه في الفسخ يبيع الأصل ، سواء أُرأى أو لم يُؤثر . لأنه نماء متصل . فأشبهه السمن ، وفي الهبة والرهن حكمهما حكم البيع في أنه يبيع قبل التأخير ، ولا يبيع فيما بعده . لأن الملك زال عن الأصل بغير فسخ . فكان الحكم فيه ما ذكرناه كالبيع . وأما رجوع البائع لفلس المشتري ، أو الزوج لانفاسخ النكاح فيذكران في بابيهما .

٢٨٧٢ « مسألة » قال ﴿ وكذلك يبيع الشجر إذا كان فيه تمر بادٍ ﴾

وجلة ذلك : أن الشجر على خمسة أضرب :

أحدها : ما يكون ثمرة في أكمامه ، ثم تفتح الأكمام فيظهر ، كأنخل الذي وردت السنّة فيه ، وبيننا حكمه ، وهو الأصل . وما عداه مقيس عليه ، وملحق به . ومن هذا الضرب : القطن ، وما يُقصد نوره ، كالورد ، والياسمين ، والنرجس ، والبنفسج ، فإنه تظهر أكمامه ، ثم تفتح ، فيظهر . فهو كالطلع إن تفتح جنبذه^(١) فهو للبائع ، وإلا فهو للمشتري .

الثاني : ما تظهر ثمرة بارزة لا قشر عليها ، ولا نور ، كالنخيل ، والتوت ، والجنيز . فهي للبائع . لأن ظهورها من شجرها بمنزلة ظهور الطلع من قشره .

الثالث : ما يظهر في قشره ، ثم يبقى فيه إلى حين الأكل ، كالرمّان ، والموز . فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور . لأن قشره من مصلحته . ويبقى فيه إلى حين الأكل . فهو كالنخيل . ولأن قشره يُنزل منزلة أجزائه ، للزوم إنباه ، وكونه من مصلحته .

(١) جنبذه : الجنبد : ما يغطي الثمرة فهو كالقبة فوقها وفي النخل هو جماره .

الضرب الرابع : ما يظهر في قشريْن ، كالجوز ، واللوز . فهو للبائع أيضاً بنفس الظهور . لأن قشره لا يزول عنه غالباً إلا بعد جَزَازِهِ . فأشبهه الضرب الذي قبله . ولأن قشر اللوز يُؤكل معه . فأشبهه التين . وقال القاضى : إن تشقق القشر الأعلى فهو للبائع . وإن لم يتشقق فهو للمشتري ، كالطلع . ولو اعتُبر هذا لم يكن للبائع إلا نادراً . ولا يصحّ قياسه على الطلع . لأن الطلع لا بدّ من تشقّقه ، وتشقّقه من مصلحته ، وهذا بخلافه . فإنه لا يتشقق على شجره ، وتشقّقه قبل كماله يُفسده .

الخامس : ما يظهر نَوْرُهُ ، ثم يقنأثر ، فتظهر الثمرة ، كالتفاح ، والشمش والإجاص^(١) والخواخ . فإذا تفتّح نوره ، وظهرت الثمرة فيه فهي للبائع ، وإن لم تظهر فهي للمشتري ، وقيل : ما تنأثر نوره فهو للبائع ، وما لا فهو للمشتري . لأن الثمرة لا تظهر حتى يقنأثر النور . وقال القاضى : يحتمل أن تسكون للبائع بظهور نوره . لأن الطلع إذا تشقق كان كمنور الشجر . فإن العقد التي في جوف الطلع ليست عين الثمرة . وإنما هي أوعية لها ، تكبر الثمرة في جوفها ، وتظهر ، فتصير المقدّة في طرفها ، وهي قنّع الرطبة ، وقول الخرقى يقتضى ما قلناه . لأنه علّق استحقات البائع لها بكون الثمر بادياً لا يبدو نوره ، ولا يبدو الثمر حتى يفتّح نوره ، وقد يبدو إذا كبر قبل أن ينثر النور . فتعلّق ذلك بظهوره ، والمنب بمنزلة ماله نور . لأنه يبدو في قُطوفه شيء صفار ، كحبّ الدخن ، ثم يفتّح ، ويقنأثر ، كتنأثر النور ، فيسكون من هذا القسم . والله أعلم . وهذا يفارق الطلع . لأن الذى في الطلع عين الثمرة ينمو ، ويتغير ، والنور في هذه الثمار يساقط ويذهب ، وتظهر الثمرة ، ومذهب الشافعى في هذا الفصل جميعه كما ذكرناه هنا ، أو قريباً منه . وبينهما اختلاف على حسب ما ذكرنا من الخلاف ، أو قريباً منه .

٢٨٧٣ فصل فأما الأغصان ، والورق ، وسائر أجزاء الشجر ، فهو للمشتري بكلّ حال . لأنه من أجزائها خُلِق لمصلحتها ، فهو كأجزاء سائر المبيع . ويحتمل أن يكون ورق التوت الذى يُقصد أخذه لتربية دود القز إن تفتّح فهو للبائع ، وإلا فهو للمشتري . لأنه بمنزلة الجنبذ الذى يفتّح فيظهر نوره من الورد ، وغيره . وهذا في المواضع التى عادت لهم أخذ الورق^(٢) وإن لم تسكن عادت لهم ذلك ، فهو للمشتري ، كسائر ورق الشجر . والله أعلم .

(فصل) وإذا كانت الثمرة للبائع مُبَقَّاة في شجر المشتري ، فاحتاجت إلى سقى . لم يسكن للمشتري منعه منه . لأنه يبقى به . فلزمه تمكينه منه ، كتركه على الأصول . وإن أراد سقيها من غير حاجة فلمشتري منعه منه ، لأنه بسقيه يتضمن التصرف في ملك غيره . ولأن الأصل منعه من التصرف في ملك

(١) الكثرى ، أو فاكهة شبيهة بها .

(٢) يعنى : أن العقد تتبع العرف والعادة في كل جهة بحسبها .

غيره . وإنما أباحته الحاجة ، فإن لم توجد الحاجة ، يبقى على أصل المنع . فإن احتاجت إلى السقي وفيه ضرر على الشجر ، أو احتاج الشجر إلى سقي بضرر بالثمرة . فقال القاضى : أيهما طلب السقى لحاجته أجبر الآخر عليه . لأنه دخل في العقد على ذلك : فإن المشتري اقتضى عقده بقيمة الثمرة ، والسقى من تبقينها ، والعقد اقتضى تمسكين المشتري من حفظ الأصول وتسليمها . فلزم كل واحد منهما ما أوجبه العقد للآخر ، وإن أضر به . وإنما له أن يسقى بقدر حاجته . فإن اختلفا في قدر الحاجة رجع إلى أهل الخبرة ، وأيها التمس السقى فالمؤنة عليه . لأنه لحاجته .

٢٨٧٤ (فصل) فإن خيف على الأصول الضرر بتبقية الثمرة عليها ، لمطش أو غيره ، والضرر يسير لم يجبر على قطعها . لأنها مستحقة للبقاء ، فلم يجبر على إزالتها لدفع ضرر يسير عن غيره . وإن كان كثيراً تخيف على الأصول الجفاف ، أو نقص حملها ففيه وحان . أحدهما : لا يجبر أيضاً لذلك . الثانى : يجبر على القطع ، لأن الضرر يُلحقها . وإن لم تقطع والأصول تسلم بالقطع ، فكان القطع أولى . ولا شافى قولان كالوجهين .

٢٨٧٥ (فصل) وإذا باع شجرة فيه ثمر للبائع ، فحدث ثمرة أخرى ، أو اشترى ثمرة في شجرها ، فحدث ثمرة أخرى . فإن تميزنا فكل واحد ثمرة . وإن لم تميز إحداها من الأخرى فها شريكان فيها ، كل واحد بقدر ثمرة . فإن لم يعلم قدر كل واحد منهما اصطلاحاً عليها ، ولا يبطل العقد . لأن المبيع لم يتعد تسليمه ، وإنما اختلط بغيره ، فهو كما لو اشترى طعاماً في مكان فانتال عليه طعام للبائع ، أو انتال هو على طعام للبائع ، ولم يعرف قدر كل واحد منهما . ويفارق هذا ما لو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ، فتركها حتى بدا صلاحها ، أو اشترى عريّة فتركها حتى أثمرت . فإن العقد يبطل في إحدى الروايتين ، لسكون اختلاط المبيع بغيره حصل بارتكاب النهى ، وكونه يتخذ حيلة على شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، أو شراء الرطب بالتمر من غير كيل ، من غير حاجة إلى أكله رطباً . وهما ما ارتكب نهياً ، ولا يعمل هذا طريقاً إلى فعل المحرم . وجمع أبو الخطاب بينهما فقال : فى الجميع روايتان : إحداها يبطل . وقال القاضى : إن كانت الثمرة للبائع فحدثت ثمرة أخرى ، قيل لكل واحد : اسمح بنصيبك لصاحبك ، فإن فعله أحدهما أقررنا العقد ، وأجبرنا الآخر على القبول . لأنه يزول به النزاع . وإن امتنعا فسخرنا العقد لتعذر وصول كل واحد منها إلى قدر حقه . وإن اشترى ثمرة أخرى لم نقل للمشتري : اسمح بنصيبك . لأن الثمرة كل المبيع . فلا يؤمر بتخليته كله ، ونقول للبائع ، ذلك . فإن سمح بنصيبه للمشتري أجبرناه على القبول ، وإلا فسخر البيع بينهما ، وهذا مذهب الشافى . قال ابن عقيل : لعل هذا قول لبعض أصحابنا . فإننى

لم أجده معزياً^(١) إلى أحد ، والظاهر أن هذا اختيار القاضي . وإيس بمذهب لأحد : ولو اشترى حنطة فاندالت عليها أخرى لم يفسخ البيع . والحكم فيه كالحكم في الثمرة تحدث معها أخرى . والله أعلم .

٢٨٧٦ (فصل) إذا باع الأرض وفيها زرع لا يحصد إلا مرة ، كالحنطة ، والشعير ، والقطاني ، وما المقصود منه مستتر ، كالجزر ، والفجل ، والبصل ، والثوم ، وأشباهاها ، فاشتراط المشتري . فهو له قصيلاً^(٢) كان أو ذا حب ، مستتراً أو ظاهراً ، معلوماً أو مجهولاً . لسكونه دخل في البيع للأرض . فلم يضر جهله ، وعدم كاله ، كما لو اشترى شجرة فاشتراط ثمرتها بعد تأبيرها . وإن أطلق البيع فهو للبائع . لأنه مودع في الأرض ، فهو كالكنز والقماش . ولأنه يراد للنقل . فأشبه الثمرة المؤبرة ، وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي . ولا أعلم فيه مخالفاً . ويكون للبائع مبقى في الأرض إلى حين الحصاد بغير أجر . لأن المنفعة حصلت مستثناة له ، وعليه حصاده في أول وقت حصاده . وإن كان بقاؤه أنفع له ، كقولنا في الثمرة . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : عليه نقله عقيب البيع ، كقوله في الثمرة . وقد مضى الكلام فيها . وهكذا قال الحكم في القصب الفارسي . لأن له وقتاً يقطع فيه ، إلا أن العروق تكون للمشتري . لأنها تترك في الأرض للبقاء فيها . والقصب نفسه كالثمره ، وإن لم يظهر منه شيء فهو للمشتري . وأما قصب السكر فإنه يؤخذ مرة واحدة ، فهو كالزراع فإن حصده قبل الحصاد لينتفع بالأرض في غيره لم يملك الانتفاع بها . لأن منفعتها إنما حصلت مستثناة عن مقتضى العقد ضرورة بقائه الزرع . فتقدر ببقائه ، كالثمره على الشجرة ، وكما لو كان المبيع طاماً لا ينقل مثله عادة إلا في شهر ، لم يكلف إلا ذلك ، فإن تكلفت نقله في يوم واحد لينتفع بالدار في غيره لم يجز ، كذلك ههنا . ومتى حصد الزرع وبقيت له عروق تستضر بها الأرض ، كمروق القطن والذرة . فعلى البائع إزالتها ، وإن تحفرت الأرض فعليه تسوية حفرها . لأنه استصلاح للملك ، فصار كما لو باع داراً فيها خابية^(٣) كبيرة لا تخرج إلا بهدم باب الدار ، فهدمها . كان عليه الضمان ، وكذلك كل نقص دخل على ملك شخص لاستصلاح الآخر من غير إذن الأول ، ولا فعل صدر عنه النقص ، واستند إليه . كان الضمان على مداخل النقص .

٢٨٧٧ (فصل) وإن باع أرضاً وفيها زرع يجز مرة بعد أخرى ، فالأصول للمشتري ،

(١) هكذا بالأصل ، والصواب معزواً ، لأن عزا واوى الآخر .

(٢) القصيل : ما يقطع من الزرع أخضر قبل نموه ، والمراد هنا أن الزرع الذي اشترطه للمشتري يكون له بأي حال سواء كان أخضر لم يتم فيه الحب ، أو كان نامياً ظهر فيه الحب .

(٣) الخاية : الجرّة الكبيرة .

والجزء الظاهرة عند البيع للبائع ، سواء كان مما يُبقي سنة كالهندباء ، والبقول ، أو أكثر كالرطبة .
وعلى البائع قطع ما يستحقه منه في الحال فإنه ليس لذلك حدّ ينتهى إليه ، ولأن ذلك يطول ويُخرج غير
ما كان ظاهراً . والزبادة من الأصول التي هي ملك للمشتري ، وكذلك إن كان الزرع مما تُسكّر ثمرة .
كالقثاء ، والخيار ، والبطيخ ، والباذنجان ، وشبهه . فهو للمشتري ، والثمره الظاهرة عند البيع للبائع .
لأن ذلك مما تسكّر الثمرة فيه . فأشبهه الشجر ، ولو كان مما تؤخذ زهرته وتبقى عروقه في الأرض ،
كالبنفسج ، والنرجس . فالأصول للمشتري . لأنه جعل في الأرض للبقاء فيها ، فهو كالرطبة . وكذلك
أوراقه وغصونه . لأنه لا يقصد أخذه ، فهو كورق الشجر وأغصانه . وأما زهرته فإن كانت قد تفتحت
فهي للبائع ، وإلا فهي للمشتري ، على ما ذكرناه فيما مضى . واختار ابن عقيل في هذا كله : أن البائع
إن قال : بعته هذه الأرض بحقوقها دخل فيها ، وإن لم يقل بحقوقها ، فهل يدخل ؟ على
وجهمين كالشجر .

٢٨٧٨ (فصل) وإذا اشترى أرضاً فيها بذر فاستحقّ المشتري أصله ، كالرطبة والذئبان ، والبقول
التي تجزّ مرةً بعد أخرى ، فهو له . لأنه ترك في الأرض للبقاء ، فهو كأصول الشجر . ولأنه لو كان ظاهراً
كان له . فالشتر أول ، سواء عُلقت عروقه في الأرض أولاً . فإن كان بذراً لما يستحقّه البائع
فهو له ، إلا أن يشترطه المبتاع ، فيكون له . وقال الشافعي : البيع باطل . لأن البذر مجهول ،
وهو مقصود .

ولنا : أن البذر يدخل تبعاً في البيع ، فلم يضرّ جهله ، كما لو اشترى عبداً ، فاشترط ماله . ويجوز في التابع
من الفرر ما لا يجوز في المتبوع ، كبيع اللبن في الضرع مع الشاة ، والحل مع الأم ، والسقوف في الدار ،
وأساسات الحيطان تدخل تبعاً في البيع ، ولا تضرّ جهالتها ، ولا تجوز مفردة ، وإن لم يعلم المشتري بذلك
فله الخيار في فسخ البيع وإمضائه . لأنه يفوت عليه منفعة الأرض عاماً . فإن رضى البائع بتركه للمشتري
أو قال : أنا أحوله ، وأمكنته ذلك في زمن يسير لا يضرّ بمنافع الأرض فلا خيار للمشتري . لأنه أزال
العيب بالنقل ، أو زاده خيراً بالترك ، فلزمه قبوله . لأن فيه تصحيحاً للعقد . وهذا مذهب الشافعي .
وكذلك لو اشترى نخيلاً فيه طلع فبان أنه مؤبّر فله الخيار . لأنه يفوت المشتري ثمرة عامه ، ويضرّ
بقاؤها بنخله . فإن تركها له البائع لم يكن له خيار . فإن قال : أنا أقطعها الآن لم يسقط خياره بذلك ، لأن
ثمرة العام تفوت سواء قطعها ، أو تركها . وإن اشترى أرضاً فيها زرع للبائع ، أو شجراً فيه ثمر للبائع ،
والمشتري جاهل بذلك يظن أن الزرع والشجر له ، فله الخيار أيضاً ، كما لو جهل وجوده ، لأنه إنما رضى
ببدل ماله عوضاً عن الأرض ، والشجر ، بما فيهما ، فإذا بان خلاف ذلك ينبغي أن يثبت له الخيار ، كالمشتري

المعيب بطلته صحيحا وإن اختلفا في جهله لذلك. فاقول قول المشتري، إذا كان ممن يحمله ذلك، لكونه عامياً، فإن هذا مما يحمله كثير من الناس. وإن كان ممن يعلم ذلك لم يقبل قوله. لأن الظاهر أنه لا يحمله.

٢٨٧٩ (فصل) إذا باعه أرضاً بحقوقها دخل ما فيها من غراس، وبناء في البيع. وكذلك إذا قال. رهنك هذه الأرض بحقوقها. دخل في الرهن غير اسمها، وبناءها، وإن لم يقل بحقوقها، فهل يدخل الغراس، والبناء فيهما؟ على وجهين. ونصر الشافعي على أنهما يدخلان في البيع دون الرهن. واختلف أصحابه في ذلك. فمنهم من قال فيهما جميعاً قولان. ومنهم من فرق بينهما بكون البيع أقوى، فيستتبع البناء والشجر، بخلاف الرهن، ومنهم من قال: إنهما سواء. لأن ما تبع في البيع تبع في الرهن، كالطرق والمذاهب. وفيهما جميعاً وجهان:

أحدهما: يدخل البناء والشجر. لأنهما من حقوق الأرض. ولذلك يدخلان إذا قال: بحقوقها، وما كان من حقوقها يدخل فيها بالاطلاق، كطرقها ومنافعها.

والثاني: لا يدخلان. لأنهما ليسا من حقوق الأرض. فلا يدخلان في بيعها ورهنها، كالثمره المؤبرة. ومن نصر الأول فرق بينهما بكون الثمرة ثراد للنقل، وليست من حقوقها، بخلاف الشجر والبناء. فإن قال: بعثك هذا البستان دخل فيه الشجر. لأن البستان اسم للأرض والشجر والحائط. ولذلك لا تسمى الأرض المكشوفة بستاناً. قال ابن عقيل: ويدخل فيه البناء، لأن ما دخل فيه الشجر دخل فيه البناء، ويحتمل أن لا يدخل.

٢٨٨٠ (فصل) وإن باعه شجرة لم تدخل لأرض في البيع ذكره أبو إسحاق ابن شاقلا. لأن الاسم لا يتناولها، ولا هي تبع للبيع.

٢٨٨١ (فصل) وإن قال: بعثك هذه القرية فإن كانت في اللفظ قرينة، مثل المساومة على أرضها، أو ذكر الزرع والفرس فيها، وذكر حدودها، أو بذل ثمن لا يصلح إلا فيها، وفي أرضها. دخل في البيع. لأن الاسم يجوز أن يطلق عليها مع أرضها، والقرينة صارفة إليه، ودالة عليه. فأشبه ما لو صرح به، وإن لم يكن قرينة تصرف إلى ذلك فالبيع يتناول البيوت، والحصن الدائر عليها. فإن القرية اسم لذلك. وهو مأخوذ من الجمع. لأنه يجمع الناس، وسواء قال: بحقوقها، أو لم يقل. وأما الغراس بين بُنيانها فحكمه حكم الغراس في الأرض، إن قال: بحقوقها دخل، وإن لم يقل: فعلى وجهين.

٢٨٨٢ (فصل) وإن باعه داراً بحقوقها تناول البيع أرضها وبناءها، وما هو متصل بها، مما هو من مصالحها، كالأبواب المنصوبة، والخوابي المدفونة، والرفوف المسطرة، والأوتاد المغروزة، والحجر المنصوب من الرخا، وأشباه ذلك، ولا يدخل في البيع ما ليس من مصالحها، كالكنز، والأحجار

المدفونة . لأن ذلك مودع فيها للنقل عنها . فأشبه الفرش والستور ، ولا ما كان منفصلاً عنها يختص بمصاحبتها ، كالفرش والستور ، والطعام ، والرفوف الموضوعة على الأوتاد ، بغير تسمير ، ولا غرز في الخائط ، والدلو ، والبكرة ، والقفل ، وحجر الرخى ، إذا لم يكن واحداً منها منصوباً ، والخواص الموضوعة من غير أن يُطَيَّنَ عليها ، ونحوه . لأنه منفصل عنها لا يختص بمصاحبتها . فأشبه الثياب . وأما ما كان من مصالحها لكنه منفصل عنها ، كالمفتاح ، والحجر الفوقاني من الرخا ، إذا كان السفلي منصوباً ، فيحتل وجهين :

أحدهما : يدخل في البيع . لأنه لمصاحبتها . فأشبه المنسوب فيها :

والثاني : لا يدخل . لأنه منفصل عنها . فأشبه السفليات إذا لم يكن منصوباً ، والقفل ، والنحو ، ونحوه ومذهب الشافعي في هذا كذهبننا سواء .

٢٨٨٣ (فصل) وما كان في الأرض من الحجارة الخلوقة فيها ، أو مبنى فيها ، كأساسات الحيطان للهدمة ، فهي للمشتري بالبيع ، لأنه من أجزائها . فهي كحيطانها ، وترابها ، والمعادن الجامدة فيها ، والآجر كالحجارة في هذا ، وإذا كان المشتري عالماً بذلك فلا خيار له . وإن لم يكن عالماً به ، وكان ذلك يضر بالأرض ، وينقصها كالصخر المضر بعروق الشجر فهو عيب . والمشتري الخيار بين الفسخ وأخذ الثمن ، أو الإمساك وأخذ أرض العيب ، كافي سائر المبيع . فأما إن كانت الحجارة أو الآجر مودعاً فيها للنقل عنها ، فهي للبائع ، كالكنز ، وخليه نقلاً وتسوية الأرض إذا نقلها ، وإصلاح الحفر . لأنه ضرر لحق لاستصلاح مملوكه . فكان عليه إزالته . وإن كان قلمها يضر بالأرض أو تتناول مدنه ، ولم يكن المشتري عالماً . فله الخيار ، كما ذكرنا . لأنه عيب . وإن لم يكن في نقلها ضرر ، وبممكن نقلها في أيام بسيرة ، كالثلاثة ، فدادون ، فلا خيار له . وله مطالبة البائع بنقلها في الحال . لأنه لا عرف في نقيتها ، بخلاف الزرع . وإن كان عالماً بالحال ، فلا خيار له ، ولا أجرة في الزمان الذي نُقلت فيه لأنه علم بذلك ، ورضى : فأشبه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع . وإن لم يعلم ، واختار إمساك المبيع ، فهل له أجرة زمان النقل ؟ على وجهين :

أحدهما : له ذلك . لأن المنافع مضمونة على المتلف . فسكان عليه بدلها كالأجزاء .

والثاني : لا يجب . لأنه لما رضى بإمساك المبيع رضى بتلف المنفعة في زمان النقل . فان لم يختار الإمساك فقال البائع : أنا أدع ذلك لك ، وكان مما لا ضرر في بقائه لم يكن له خيار . لأن الضرر زال عنه .

٢٨٨٤ (فصل) فإن كان في الأرض معادن جامدة ، كمعادن الذهب ، والفضة ، والحديد ، والنحاس والرصاص ، ونحوها ، دخلت في البيع ، ومملكت بملك الأرض التي هي فيها . لأنها من أجزائها . وهي

كثرتها وأحجارها ، ولكن لا يُباع معدن الذهب بذهب ، ولا معدن الفضة بفضة . ويجوز بيعها بغير جنسها . وإن ظهر في الأرض معدن لم يعلم البائع به ، فله الخيار . لأنه زيادة لم يعلم بها . فأشبهه مالو باعه ثوباً على أنه عشرة ، فبان أحد عشر . هذا إذا كان قد ملك الأرض ، بإحياء ، أو إقطاع . وقد روى « أن » ولد بلال بن الحارث باعوا عمر بن عبد العزيز أرضاً فظهر فيها معدن ، فقالوا : إنما بيعنا الأرض ولم نبيع المعدن . وأثنوا عمر بن عبد العزيز بالكتاب الذي فيه قطعة النبي صلى الله عليه وسلم لأبيهم . فأخذهُ عمر فقبَّله ، وردَّ عليهم المعدن « وإن كان البائع ملك الأرض بالبيع احتمل أن لا يكون له خيار . لأن الحق غيره ، وهو المالك الأول ، واحتمل أن يكون له الخيار ، كالمو اشتري معيماً ، ثم باعه ، ولم يعلم عيبه . فإنه يستحق الرد عليه وإن كان قد باعه مثل ما اشتراه . وقد روى أبو طالب عن أحمد : أنه إذا ظهر المعدن في ملكه ملكه . وظاهر هذا : أنه لم يعمله للبائع ولا جمل له خياراً ، لأنه من أجزاء الأرض . فأشبهه ما لو ظهر فيها حجارة لها قيمة كبيرة .

٢٨٨٥ (فصل) وإذا كان في الأرض بئر وعين مستنبطة فنفس البئر ، وأرض العين مملوكة للمالك الأرض ، والماء الذي فيها غير مملوك . لأنه يجري من تحت الأرض إلى ملكه . فأشبهه الماء الجاري في النهر إلى ملكه . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي

والوجه الآخر : يدخل في الملك لأنه نماء الملك . وقد روى عن أحمد ما يدل على أنه يملك ، فإنه قال في رجل له أرض وآخر ماء فيشترك صاحب الأرض وصاحب الماء في الزرع ، ويكون بينهما ؟ فقال : لا بأس ، اختاره أبو بكر . وهذا يدل على أن الماء مملوك لصاحبه ، وفي معنى الماء المعادن الجارية في الأملاك ، كالقار ، والنفط ، والمياه ، والملح . وكذلك الحكم في الغابت في أرضه من السكلا ، والشوك . ففي كل ذلك يخرج على الروايتين في الماء ، والصحيح : أن الماء لا يملك ، فكذلك هذه . قال أحمد : لا يجزئ بيع الماء البتة . قال الأثرم : سمعتُ أبا عبد الله يسأل عن قوم بينهم نهر تشرب منه أرضهم لهذا يوم ، ولهذا يومان ، يتفقون عليه بالحصص فجاء يوم ، ولا أحتاج إليه : أكرهه بدرهم ؟ قال : ما أدري ، أما النبي صلى الله عليه وسلم فنهي عن بيع الماء . قيل ، إنه ليس يبيعه ، إنما يكرهه ، قال : إنما احتالوا بهذا ليحسبوه ، فأى شيء هذا إلا البيع ؟ وروى الأثرم بإسناده ، عن جابر ، وإياس بن عبد الله المزني « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يُباع الماء » وروى أيضاً عن رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم : « المسلمون شركاء في ثلاث : الماء ، والنار ، والسكلا » رواه أبو عبيد في كتاب الأموال ، فإذا قلنا : لا يملك ، فصاحب الأرض أحق به من غيره ، لكونه في ملكه . فإن دخل غيره بغير إذنه . فأخذهُ ملكه . لأنه مُباح في الأصل . فأشبهه مالو عَشَّش في أرضه طائر ، أو دخل فيها ظبي ، أو نضبت

عن سملك ، فدخل إليه داخل^(١) ، فأخذه ، وأما ما يحوزه من الماء في إنائه ، أو يأخذه من السكلا في حبله ، أو يحوزه في رحله ، أو يأخذه من المعادن ، فإنه يملكه بذلك . وله بيعه ، بلا خلاف ، بين أهل العلم ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لَأَنْ يَأْخُذَ أَحَدُكُمْ حَبْلًا فَيَأْخُذَ حُزْمَةً مِنْ حَطَبٍ ، فَيَبِيعَ فَيَسْكُنَ اللَّهُ بِهِ وَجْهَهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَسْأَلَ النَّاسَ أُعْطِيَ أَوْ مُنْبَع » رواه البخاري ، وروى أبو عبيد في الأموال عن المشيخة « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ إِلَّا مَا يُجَلِّ مِثْلُهُ » وعلى ذلك مضت العادة في الأمصار ببيع الماء في الروايا ، والخطب ، والسكلا من غير تكبير ، وليس لأحد أن يشرب منه ، ولا يتوضأ ، ولا يأخذ إلا بإذن ماله . وكذلك لو وقف على بئر ، أو بئر مباح ، فاستقى بدلو ، أو بدولاب ، أو نحوه ، فما يرقيه من الماء فهو ماله . وله بيعه . لأنه ماله بأخذه في إنائه . قال أحمد . إنما نهى عن بيع فضل ماء البئر ، والعيون في قراره . ويجوز بيع البئر بنفسها ، والعين ، ومشتريها أحق بمائها . وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ بَشْتَرَى بَيْتْرَ رُومَةٍ يَوْسَعُ بِهَا عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَلَهُ الْجَلَّةُ — أَوْ كَمَا قَالَ — فَاشْتَرَاهَا عُثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مِنْ يَهُودِيٍّ بِأَمْرِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَسَبَّلَهَا لِلْمُسْلِمِينَ وَكَانَ الْيَهُودِيُّ يَبِيعُ مَاءَهَا » وروى « أَنَّ عُثْمَانَ اشْتَرَى مِنْهُ نِصْفَهَا بِأَمْنَى عَشْرَ أَلْفًا ، ثُمَّ قَالَ لِلْيَهُودِيِّ : اخْتَرْ إِنَّمَا أَنْ تَأْخُذَهَا يَوْمًا وَتَأْخُذَهَا أَنَا يَوْمًا . وَإِنَّمَا أَنْ تَنْصِبَ لَكَ عَلَيْهَا دَلْوًا ، أَنْصِبُ عَلَيْهَا دَلْوًا . فَاخْتَارَ يَوْمًا ، وَيَوْمًا ، فَكَانَ النَّاسُ يَسْتَقُونَ مِنْهَا فِي يَوْمِ عُثْمَانَ لِلْيَوْمَيْنِ ، فَقَالَ الْيَهُودِيُّ : أَفْسَدْتَ عَلَى بَيْتْرِي ، فَاشْتَرَاهُ بِثَمَانِيَةِ أَلْفٍ » وفي هذا دليل على صحة بيعها ، وتسبيلها ، وصحة بيع ما يستقيه منها ، وجواز قسمة مائها بألها بأية^(٢) ، وكون ماله أحق بمائها ، وجواز قسمة ما فيه حق ، وليس بمالوك .

فأما المياه الجارية فما كان نابهاً في غير ملك ، كأشهار السكار ، وغيرها لم تملك بحال . ولو دخل إلى أرض رجل لم يملكه بذلك ، كالطير يدخل إلى أرضه ، ولكل أحد أخذه ولا يملكه إلا أن يجعل له في أرضه مستقراً كالبركة والقرار ، أو يحتفر ساقية يأخذ فيها من ماء النهر الكبير . فيكون أحق بذلك الماء من غيره ، كمنقع البئر ، وإن كان ما يستقر في البركة لا يخرج منها ، فالأولى أنه يملكه بذلك ، على ما سنذكره في مياه الأمطار .

وما كان نابهاً أو مستنبطاً كالثقي . فهو كمنقع البئر ، وفيه من الخلاف ما فيه ، فأما المصانع^(٣) المتخذة لمياه الأمطار تجتمع فيها ، ونحوها من البرك ، وغيرها . فالأولى : أنه يملك ماءها ، ويصحب بيعه إذا كان

(١) المهاية : قسمة الأيام في السقي منها لكل واحد أو جماعة يوم أو أيام .

(٢) المصانع : جمع مصنع ، وهو كالخوض يجمع فيه ماء المطر .

مملوماً . لأنه مباحٌ حصله بشيءٍ مُعَدٍّ له ، فملكه ، كالصيد يحصل في شبكته ، والسمك في يَرْكِيَّةٍ مُعَدَّةٍ له . ولا يجوز أخذ شيءٍ منه ، إلا بإذن مالكه .

٢٨٨٦ « مسألة » قال رحمته الله وإذا اشترى الثمرة دون الأصل ، ولم يبدأ صلاحها ، على الترك إلى الجزاء لم يجز . وإن اشترى على القطع جاز رحمته الله

لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن يشتريها بشرط التبقية . فلا يصح البيع إجماعاً . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمار حتى يبدأ صلاحها . نهى البائع والمبتاع » متفق عليه . والنهي يقتضي فساد المنهي عنه . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على القول بحمالة هذا الحديث .

(القسم الثاني) أن يبيعهما بشرط القطع في الحال . فيصح بالإجماع . لأن المنع إنما كان خوفاً من تلف الثمرة ، وحدث العاهة عليها قبل أخذها . بدليل ما روى أنس « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى تزهر . قال : أرأيت إذا منع الله الثمرة ، يحتمل يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » رواه البخاري . وهذا مأمون فيما يقطع ، فصح بيعه كما لو بدا صلاحه .

(القسم الثالث) أن يبيعهما مطلقاً . ولم يشترط قطعاً ، ولا تبقية ، فالبيع باطل ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وأجاز أبو حنيفة ، لأن إطلاق العقد يقتضي القطع ، فهو كما لو اشترطه قال : ومعنى النهي أن يبيعهما مُدْرِكَةً قبل إدراكها ، بدلالة قوله « أرأيت إن منع الله الثمرة ، يحتمل يأخذ أحدكم مال أخيه ؟ » فلفظة المنع تدل على أن العقد يتناول معنى هو موقوف في الحال حتى يتصور المنع .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها . فيدخل فيه محل النزاع . واستدلناهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها في أن إطلاق العقد يقتضي القطع ، ويقرر ما قلنا : من أن إطلاق العقد يقتضي التبقية . فيصير العقد المطلق كالذي شُرِطَتْ فيه التبقية يتناولها النهي جميعاً ، ويصح تعليلهما بالعلة التي علل بها النبي صلى الله عليه وسلم من منع الثمرة ، وهلاكها .

٢٨٨٧ (فصل) وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع على ثلاثة أضرب :

أحدها : أن يبيعهما مُفْرَدَةً لغير مالك الأصل ، فهذا الضرب الذي ذكرنا حكمه وبيننا بطلانه .

الثاني : أن يبيعهما مع الأصل . فيجوز بالإجماع ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر ، فثمرتها للذي باعها ، إلا أن يشترط المبتاع » . ولأنه إذا باعها مع الأصل حصلت تبعاً في البيع ، فلم يضر احتمال الفرع فيها ، كما احتُمِلَت الجاهالة في بيع اللبن في الضرع مع بيع الشاة ، والنوى في التمر مع التمر ، وأساسات الخيطان في بيع الدار .

الثالث : أن يبيعها مفردةً للمالك الأصل ، نحو أن تكون للبائع ، ولا يشترطها المبتاع فيبيعها له بعد ذلك ، أو يوصى لرجل بشمرة نخلة ، فيبيعها لورثة الموصى : ففيه وجهان :

أحدهما : يصح البيع . وهو المشهور من قول مالك ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأنه يجمع الأصل والثمره للمشتري ، فيصح كما لو اشتراها معاً . ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على السكال ، لكونه مالاً لأكلاً لأصولها ، وقرارها . فصح كبيعها مع أصلها .

والثاني : لا يصح . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأن العقد يتناول الثمرة خاصة ، والفرع فيما يتناول العقد أصلاً يمنع الصحة ، كما لو كانت الأصول لأجنبي ، ولأنها تدخل في عموم الهبة ، بخلاف ما إذا باعها معاً ، فإنه مستثنى بالخبر المروى فيه . ولأن الفرع فيما يتناول العقد أصلاً يمنع الصحة ، وفيما إذا باعها معاً تدخل الثمرة تبعاً ، ويجوز في التابع من الفرع ما لا يجوز في المتبوع ، كما يجوز بيع اللب في الضرع ، والحمل مع الشاة ، وغيرها . وإن باع الثمرة ، بشرط القطع في الحال . صح وجهاً واحداً . ولا يلزم المشتري الوفاء بالشرط . لأن الأصل له .

٢٨٨٨ (فصل) ولا يجوز بيع الزرع الأخضر في الأرض إلا بشرط القطع في الحال ، كما ذكرنا في الثمرة على الأصول . لما روى مسلم عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع النخل حتى يزهر » ، وعن بيع الشئبل حتى يبيض » ، وبأمن العامة . نهى البائع والمشتري » قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً يعدل عن القول به ، وهو قول مالك ، وأهل المدينة ، وأهل البصرة ، وأصحاب الحديث ، وأصحاب الرأي . فإن باع مع الأرض جاز ، كبيع الثمرة مع الأصل ، وإن باع للمالك الأرض ففيه وجهان هل ما ذكرنا في الثمرة تبعاً من مالك الأصل . وقال أبو الخطاب : يجوز . وإن باع إياه بشرط القطع جاز وجهاً واحداً . ولم يلزم المشتري الوفاء بالشرط . لأن الأصل له ، فهو كبيع الثمرة من مالك الأصل بشرط القطع . وإذا اشتد حب الزرع جاز بيعه مطلقاً ، وبشرط التيقية ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم في الحديث « حتى يبيض » فجعل ذلك غاية المنع من بيعه ، فيدل على الجواز بعده . وفي رواية « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع العقب حتى يسنود » ، وعن بيع الحب حتى يشتد » ولأنه إذا اشتد حبه بدا صلاحه ، فصار كالثمره إذا بدا صلاحها . وإذا اشتد شيء من حبه جاز بيع جميع ما في البستان من نوعه ، كالشجرة إذا بدا صلاح في شيء منها .

٢٨٨٩ (فصل) ذكره القاضي في الصالح قال : وإذا اعترف لرجل بزرع ، ثم صالحه منه بعوض صح فيما يصح في البيع . وبطل فيما يبطل فيه . ولو ادعى اثنان زرعاً في يد آخر ؛ فأقر لهما به ، فالزرع بينهما نصفان . فإن صالح أحدهما عن حقه منه قبل اشتداد حبه لم يجز ، سواء شرط القطع أو أطلق .

لأنه إن أطلق بطل . للنهي عن بيع الخاضرة^(١) : وإن شرط القطع لم يمكنه قطع نصيبه إلا بقطع الزرع كله . وإن كانت الأرض للمقر احتتمل أن يصح ، واحتتمل أن لا يصح بناء على الوجهين فيما إذا اشترى زرعاً أخضر في أرض مملوكة له . ولو كانت الأرض لرجل والزرع لآخر فقال أحدهما : صالحني من نصف أرضي على نصف زرعك فيكون الزرع والأرض بيننا نصفين ، فإن كان بعد اشتداد حبه جاز . لأنه يجوز بيعه ، وإن كان قبل ذلك فهل يجوز ؟ على وجهين ، بناء على بيع الزرع من مالك الأرض ، وذلك لأنه يبيع نصف الزرع لمالك الأرض ، ويشتري منه نصف الأرض التي له فيها الزرع ، وإن شرطاً في البيع أن يقطعا الزرع جميعه ويسلم الأرض فارغة ، ففيه وجهان أيضاً .

أحدهما : يصح . لاشتراطهما قطع كل الزرع ، وتفرغ الأرض منه ، واحتتمل^(٢) أن يبطل ، لأن صاحب الأرض باعه نصف الأرض بشرط قطع زرع غيره ، ليسلم إليه أرضه ، وإن قلنا : يصح . لم يلزم الوفاء بالشرط . لأن كل ، واحد منهما حصل زرعه في أرضه ، فلم يلزم قطعه .

٢٨٩٠ (فصل) وإذا اشترى رجل نصف الثمرة قبل بدو صلاحها ، أو نصف الزرع قبل اشتداد حبه مشاعاً لم يجز ، سواء اشتراه من رجل ، أو من أكثر منه ، وسواء شرط القطع ، أو لم بشرطه ، لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع ما لا يملكه ، فلم يصح اشتراطه .

٢٨٩١ (فصل) والقطن ضربان : أحدهما : ماله أصل يبقى في الأرض أعواماً : كالشجر تنسكرر ثمرة . فهذا حكمه حكم الشجر في أنه يصح لإفراذه بالبيع . وإذا بيعت الأرض بمقوتها دخل في البيع ، وثمره كالطلع إن تفتح فهو للبائع ، وإلا فهو للمشتري .

والثاني : ما يتكرر زرعه كل عام . فحكمه حكم الزرع ، ومتى كان جوزه ضعيفاً رطباً لم يقوما فيه لم يجز بيعه إلا بشرط القطع ، كالزرع الأخضر . وإن قوى جوزه واشتد جازه ببيع بشرط التبقية ، كالزرع الذي اشتد حبه ، وإذا بيعت الأرض لم يدخل في البيع ، إلا أن يشترطه المبتاع . والباذنجان نوعان : أحدهما : ماله شجر تبقى أصوله ، وتسكرر ثمرة . فهو كالشجر .

والثاني : ما يتكرر زرعه كل عام . فهو كالخنطة ، والشعير .

٢٨٩٢ « مسألة » قال فإن تركها حتى يبدو صلاحها بطل البيع »

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فيمن اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها ، فتركها حتى بدا صلاحها . فنقل عنه حنبل ، وأبو طلب . أن البيع يبطل . قال القاضي : هي أصح . فعلى هذا يرد المشتري الثمرة إلى البائع ، ويأخذ الثمن ، ونقل أحمد بن سعيد : أن البيع لا يبطل . وهو قول أكثر الفقهاء . لأن

(١) الخاضرة بيع الثمار قبل بدو صلاحها .

(٢) احتمال البطلان هو الوجه الثاني ، ولم يعبر عنه للأوف بلفظ الثاني ، فليتنبه إلى ذلك .

أكثر ما فيه أن المبيع اختلط بغيره . فأشبهه ما لو اشترى ثمرة ، فحدث ثمرة أخرى ، ولم تتميز ، أو حنطة فانتالت عليها أخرى ، أو ثوباً فاختلط بغيره ، ونقل عنه أبو داود فيمن اشترى قصيلاً ، فرض ، أو توانى حتى صار شعيراً قال : إن أراد به حيلة فسد البيع ، وإلا لم يفسد . والظاهر : أن هذه ترجع إلى ما نقله ابن سعيد . فإنه يفتن حمل ما نقله أحمد بن سعيد في صحة البيع على من لم يرد حيلة . فإن أراد الحيلة ، وقصد بشرطه القطع الحيلة على إبقائه . لم يصح بحال . إذ قد ثبت من مذهب أحمد : أن الحيل كلها باطلة .

ووجه الرواية الأولى : أن النبي صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ قَبْلَ بُدْوِ صَلاَحِهَا » فاستثنى منه ما اشتراه بشرط القطع فقطعه بالإجماع . فيبقى ما عداه على أصل التحريم . ولأن التبقية معنى حرّم الشرع اشتراطه لحقّ الله تعالى فأبطل العقد وجوده ، كالنسيئة فيما يحرم فيه النساء ، وترك التقاضي فيما يشترط فيه القبض ، أو الفضل فيما يجب التساوى فيه . ولأن صحة البيع تجعل ذلك ذريعة إلى شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، وتركها حتى يبدؤ صلاحها . ووسائل الحرام حرام ، كبيع العينة^(١) . ومتى حكمنا بفساد البيع فالثمره كلها للبائع . وعنه أنهم يتصدقان بالزيادة . قال القاضي : هذا مستحب ، لوقوع الخلاف في مستحق الثمرة ، فاستحببت الصدقة بها ، وإلا فالحق أنها للبائع ، تبعاً للأصل ، كسائر نماء المبيع المتصل إذا ردّ على البائع بفسخ أو بطلان ، ونقل ابن أبي موسى في الإرشاد . أن البائع والمشتري يكونان شريكين في الزيادة . وأما إن حكمنا بصحة العقد . فقد روى أنهما يشتركان في الزيادة ، لحصولها في ملكهما . فإن ملك المشتري الثمرة ، وملك البائع الأصل ، وهو سبب الزيادة . وقال القاضي : الزيادة للمشتري ، كالعبد إذا سمن . وحمل قول أحمد « يشتركان » على ، الاستحباب والأول أظهر . لما ذكرنا . فإن الزيادة حصلت من أصل البائع ، من غير استحقاق تركها . فكان فيها حق له ، بخلاف العبد إذا سمن ، فإنه لا يتحقق فيه هذا المعنى ، ولا يشبهه ، ولا يصح حمل قول أحمد على الاستحباب . فإنه لا يستحب للبائع أن يأخذ من المشتري ما ليس بحق له ، بل ذلك حرام عليه . فكيف يكون مستحباً ؟ وعن أحمد : أنهما يتصدقان بالزيادة . وهو قول الثوري ، ومحمد بن الحسن . لأن عين المبيع زاد بجهة محظورة ، قال الثوري : إذا اشترى قصيلاً بأخذ رأس ماله ، ويتصدق بالباقي . ولأن الأمر أشبهه في الزيادة ، وفي مستحقها . فكان الأولى الصدقة بها . ويشبه أن يكون هذا استحباباً . لأن الصدقة بالاشبهات مستحبة ، وإن ألبا الصدقة بها اشتركا فيها ، والزيادة هي ما بين قيمتها حين الشراء ، وقيمتها يوم أخذها . قال القاضي : ويحمل أنها ما بين قيمتها قبل بدو صلاحها ، وقيمتها بعده . لأن الثمرة قبل بدو صلاحها

(١) بيع العينة : بكسر الميم وسكون الياء . أن يبيع التاجر ساعته بثمن إلى أجل ثم يشتريها من المشتري بأقل من الثمن الذي باعها له به ، وإنما حرم هذا البيع لأنه حيلة على الربا .

كانت للمشتري بتمامها ، لا حق للبائع فيها ، وقال الثوري : يأخذ المشتري رأس ماله ، ويتصدق بالباقي ، وكذلك الحكم في الرطبة إذا طالت ، والزرع الأخضر إذا أذجن . وهذا فيما إذا لم يقصد وقت الشراء تأخيرَه ، ولم يجعل شراؤه بشرط القطع حيلة على المنهي عنه ، من شراء الثمرة قبل بدو صلاحها ، ليركها حتى يبدو صلاحها . فأما إن قصد ذلك فالبيع باطل من أصله . لأنه حيلة محرمة . وعند أبي حنيفة والشافعي : لا حكم أقصده . والبيع صحيح ، قصد أو لم يقصد . وأصل هذا الخلاف في تحريم الحيل . وقد سبق الكلام في هذا .

٢٨٩٣ « مسألة » قال : فإن اشتراها بعد أن بدا صلاحها على الترك إلى الجزأين جاز .

وجملة ذلك : أنه إذا بدا الصلاح في الثمرة جاز بيعها مطلقاً ، وبشرط التبقية إلى حال الجزأين . وبشرط القطع . وبذلك قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز بشرط التبقية إلا أن عمداً قال : إذا تناهى عظمها جاز واحتجوا بأن هذا شرط الانتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز ، كما لو شرط تبقية الطعام في كنفه وجه^(١) .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها . ففهموه إباحة بيعها بعد بدو صلاحها . والمنهي عنه قبل بدو الصلاح عندهم البيع بشرط التبقية ، فيجب أن يكون ذلك جائزاً بعد بدو الصلاح ، وإلا لم يكن بدو الصلاح غاية . ولا فائدة في ذكره . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمرة حتى يبدو صلاحها ، وتأمين العاهة » وتعليقه بأمن العاهة يدل على التبقية . لأن ما يقطع في الحال لا يخاف العاهة عليه . وإذا بدا الصلاح فقد أمنت العاهة . فيجب أن يجوز بيعه مبقى لزوال علة المنع . ولأن النقل والتحويل يجب في المبيع بحكم العرف . فإذا شرطه جاز ، كما لو شرط نقل الطعام من ملك البائع حسب الإمكان . وفي هذا انفصال عما ذكره .

٢٨٩٤ (فصل) ولا يختلف المذهب أن بدو الصلاح في بعض ثمرة النخلة ، أو الشجرة صلاحاً لجميعها . أعني أنه يباح بيع جميعها بذلك . ولا أعلم فيه اختلافاً . وهل يجوز بيع سائر ما في البستان من ذلك النوع ؟ فيه روايتان . أظهرهما : جوازه . وهو قول الشافعي ، ومحمد بن الحسن ، وعنه : لا يجوز إلا بيع ما بدا صلاحه . لأن ما لم يبدو صلاحه داخل في عموم النهي . ولأنه لم يبدو صلاحه . فلم يجز بيعه من غير شرط القطع ، كالجنس الآخر ، وكالذي في البستان الآخر ، ووجه الأولى : أنه بدا الصلاح في نوعه من البستان الذي هو فيه . فجاز بيع جميعه ، كالشجرة الواحدة . ولأن اعتبار بدو الصلاح في الجميع يشق . ويؤدى إلى الاشتراك ، واختلاف الأبدى . فوجب أن يدعى ما لم يبدو صلاحه من نوعه ، لما بدا ، على

(١) السكدوج : شبه الخزن ، وهو مغرب (كدو) .

ما ذكرنا فيما أُبْتر بعضه دون بعض ، فأما نوع آخر من ذلك الجنس فقال القاضى : لا يتبعه . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . وقال محمد بن الحسن : ما كان متقارب الإدراك فبدؤ صلاح بعضه يجوز به بيع جميعه . وإن كان يتأخر إدراك البعض تأخيراً كثيراً . فالبيع جائز فيما أدرك . ولا يجوز فى الباقي . وقال أبو الخطاب : يجوز بيع ما فى البستان من ذلك الجنس . وهو الوجه الثانى لأصحاب الشافعى . لأن الجنس الواحد يضم بعضه إلى بعض فى إكمال النصاب فى الزكاة . فيتبعه فى جواز البيع كالنوع الواحد . والأول أولى . لأن النوعين قد يتباعد إدراكهما . فلم يتبع أحدهما الآخر فى بدؤ الصلاح كالجنسين . ويخالف الزكاة . فإن القصد هو الفنى من جنس ذلك المال ، لتقارب منفعته ، وقيام كل نوع مقام النوع الآخر فى المقصود . والمعنى ههنا : هو تقارب إدراك أحدهما من الآخر ، ودفع الضرر الحاصل بالاشتراك ، واختلاف الأبدى . ولا يحصل ذلك فى النوعين . فصارا فى هذا كالجنس .

٢٨٩٥ (فصل) فأما النوع الواحد من بساتين فلا يتبع أحدهما الآخر فى جواز البيع ، حتى يبدؤ الصلاح فى أحدهما ، متجاوزين كانا ، أو متباعدتين . وهذا مذهب الشافعى ، وحكى عن أحمد رواية أخرى : أن بدؤ الصلاح فى شجرة من القراح^(١) صلاح له ولما قاربه . وبهذا قال مالك . لأنهما يتقاربان فى الصلاح . فأشبه القراح الواحد . ولأن المقصود الأمن من العاهة ، وقد وجد . والمذهب الأول . لأنه إنما جعل ما لم يبدؤ صلاحه بمنزلة ما بدا ، وتابعاً له ، دفعاً لضرر الاشتراك ، واختلاف الأبدى ، وإلا فالأصل اعتبار كل شئ بنفسه . وما فى قراح آخر لا يوجد فيه هذا الضرر : فوجب أن لا يتبع الآخر ، كما لو تباعدا . وما ذكروه ينتقض بما لم يجاوره من ذلك النوع . ولو بدا صلاح بعض النوع الواحد ، فأفرد بالبيع ما لم يبدؤ صلاحه من بقية النوع من ذلك البستان لم تجز ، لدخوله تحت عموم النهى ، وبقدار قياسه على الصورة الخصوصة من العموم . وهى ما إذا باعه مع ما بدا صلاحه . لأنه دخل جواز البيع تبعاً ، دفعاً لمقترة الاشتراك ، واختلاف الأبدى . ولا يوجد ذلك ههنا ، ولأنه قد يدخل هم فى البيع تبعاً ما يجوز لإفراذه . كالثمرة تباع مع الأصل ، والزرع مع الأرض ، واللبن فى الضرع مع الشاة . ويحتمل الجواز . لأن الكل فى حكم ما بدا صلاحه . ولأنه يجوز بيعه مع غيره . فجاز بيعه مفرداً ، كالذى بدا صلاحه .

٢٨٩٦ (فصل) إذا احتاجت الثمرة إلى سقى لزم البائع ذلك . لأنه يجب عليه تسليم الثمرة كاملة . وذلك يكون بالسقى .

فإن قيل : فلم قلتم : إنه إذا باع الأصل وعليه ثمرة للبائع لا يلزم المشتري سقيها ؟

(١) القراح شجر له نوار أبيض ، وضرب من الكفاة .

قلنا : لأن المشتري لا يجب عليه تسليم الثمرة ، لأنه لم يملكها من جهته ، وإنما بقي ماسكاً عليها ، بخلاف مسألتنا . فإن امتنع البائع من السقي لضررٍ يلحق بالأصل أجبر عليه . لأنه دخل على ذلك .

٢٨٩٧ (فصل) ويجوز لمشتري الثمرة بيعها في شجرها . روى ذلك عن الزبير بن العوام ، وزيد ابن ثابت ، والحسن بن أبي الحسن البصري ، وأبي حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر ، وكرهه ابن عباس ، وعكرمة ، وأبو سلمة . لأنه بيع له قبل قبضه ، فلم يجز ، كما لو كان على وجه الأرض فلم يقبضه .

ولنا : أنه يجوز له التصرف فيه . فجاز له بيعه ، كما لو جزه ، وقولهم : لم يقبضه ، لا يصح ، فإن قبض كل شيء بحسبه . وهذا قبضه التخلية . وقد وجدت .

٢٨٩٨ « مسألة » قال ﴿ فإن كانت ثمرة نخل ، فبدو صلاحها أن تظهر فيها الحمرة ، أو الصفرة . وإن كانت ثمرة كرم . فصلاحتها : أن تنموه . وصلاح ما سوى النخل والكرم : أن يبدو فيها النضج ﴾ .

وجملة ذلك : أن ما كان من الثمرة يتغير لونه عند صلاحه ، كثمرة النخل والعنب الأسود والأحمر . فبدو صلاحه بذلك . وإن كان العنب أبيض . فصلاحه يتموه^(١) . وهو أن يبدو فيه الماء الحلو ، ويلين ، ويصفر لونه ، وإن كان مما لا يتلون كالتفاح ونحوه فبأن يخلو ، أو يطيب ، وإن كان بطيخاً أو نحوه . فبأن يبدو فيه النضج ، وإن كان مما لا يتغير لونه ، وبوكل طيباً صفاراً وكباراً ، كالقشاة ، والخيار . فصلاحه : بلوغه أن يؤكل عادة . وقال القاضي ، وأصحاب الشافعي : بلوغه أن يتناهى عظمه . وما قلناه أشبه بصلاحه مما قالوه . فإن بدو صلاح الشيء ابتداءه ، وتناهى عظمه آخر صلاحه . ولأن بدو الصلاح في الثمر يسبق حال الجزأ . فلا يجوز أن يعمل بدو الصلاح فيما يقاس عليه بسبقه عادة ، إلا أن يريدوا بتناهى عظمه انتهاءه إلى الحال التي جرت العادة بأخذه فيها . فيكون كما ذكرنا . وما قلنا في هذا الفصل فهو قول مالك ، والشافعي ، وكثير من أهل العلم ، أو مقارب له : وقال عطاء : لا يباع حتى يؤكل من الثمر قليل ، أو كثير : وروى نحوه عن ابن عمر ، وابن عباس ، ولعلمهم أرادوا صلاحه للأكل ، فيرجع معناه إلى ما قلنا . فإن ابن عباس قال : « نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يأكل منه أو يؤكل » متفق عليه . وإن أرادوا حقيقة الأكل كان ما ذكرنا أولى . لأن ما روه يحتمل صلاحه للأكل . فيحمل على ذلك موافقة لأكثر الأخبار . وهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهي عن بيع الثمرة حتى تطيب » متفق عليه ، « ونهي أن تباع الثمرة حتى تزهر » . قيل : وما تزهر ؟ قال : تخمار ، أو تصفار » رواه البخاري ، ونهى عن بيع العنب حتى يسود . رواه

(١) أي بظهور الماء فيه .

الترمذى ، وابن ماجه ، والأحاديثُ في هذا كثيرة ، كلها تدلّ على هذا المعنى .

٢٨٩٩ « مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيع القثاء والخيار والبادنجان : وما أشبهه إلا أنقطة أنقطة ﴾ .

وجملة ذلك : أنه إذا باع ثمرة شيء من هذه البقول لم يجز إلا بيع الموجود منها دون المعلوم ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وقال مالك : يجوز بيع الجميع . لأن ذلك يشقّ تمييزه ، فجعل ما لم يظهر تبعاً لما ظهر ، كأن ما لم يبدُ صلاحه تبعاً لما بدا .

ولنا : أنها ثمرة لم تخلق ، فلم يجز بيعها ، كما لو باعها قبل ظهور شيء منها ، والحاجة تندفع ببيع أصوله . ولأن ما لم يبدُ صلاحه يجوز إفراده بالبيع ، بخلاف ما لم يخلق . ولأن ما لم يخلق من ثمرة النخل لا يجوز بيعه تبعاً لما خلق ، وإن كان ما لم يبدُ صلاحه تبعاً لما بدا .

إذا تقرر هذا ، فإن باعها قبل بدو صلاحها لم يجز إلا بشرط القطع . فإن كان بعد بدو صلاحها جاز معالفاً . وبشرط القطع والتبعية ، على ما ذكرنا في ثمرة الأشجار . وقد بينا بماذا يكون بدو صلاحه .

٢٩٠٠ (فصل) قال القاضى : ويصح بيع أصول هذه البقول التى تتكرر ثمرتها من غير شرط القطع . وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، ولا فرق بين كون الأصول صفاراً أو كباراً ، مُثمرة أو غير مُثمرة ، لأنه أصل تتكرر فيه الثمرة . فأشبهه الشجر . فإن باع المثمر منه فثمرته الظاهرة للبائع ، متروكة إلى حين بلوغها ، إلا أن يشترطها المبتاع . فإن حدثت ثمرة أخرى فهى للمشتري . فإن اختلطت بثمرة البائع ، ولم تميز . كان الحكم فيها كثمرة الشجرة إذا اختلطت بثمرة أخرى ، على ما مرّ حكمه .

٢٩٠١ (فصل) ولا يجوز بيع ما المقصود منه مستور في الأرض ، كالجزر والفجل ، والبصل ، والثوم ، حتى يقطع ويشاهد ، وهذا قول الشافعى ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأى ، وأباحه مالك ، والأوزاعى ، وإسحاق ، لأن الحاجة داعية إليه . فأشبهه ببيع ما لم يبدُ صلاحه تبعاً لما بدا .

ولنا : أنه مبيع مجهول لم يره ، ولم يوصف له . فأشبهه ببيع الحمل . ولأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الفرر » رواه مسلم . وهذا غرور ، وأما بيع ما لم يبدُ صلاحه قلنا : جاز بيعه ، لأن الظاهر أنه يتلاحق في الصلاح ، ويتبع بعضه بعضاً . فإن كان مما تقصد فروعه ، وأصوله ، كالبصل المبيع أخضر : والكرات ، والفجل ، أو كان المقصود فروعه . فالأولى : جواز بيعه . لأن المقصود منه ظاهر . فأشبهه الشجر ، والحيطان التى لها أساسات مدفونة . ويدخل ما لم يظهر في البيع تبعاً . فلا تضر حمايته ، كالحمل في البطن ، واللبن في الضرع مع الحيوان . وإن كان معظم المقصود منه أصوله لم يجز بيعه في الأرض لأن الحكم للأغلب ، فإن تساوى لم يجز ، لأن الأصل اعتبار الشرط في الجميع . وإنما سقط اعتباره فيما كان معظم المقصود منه ظاهراً تبعاً . ففيما عداه يبقى على الأصل .

٢٩٠٢ (فصل) ويجوز بيع الجوز ، واللوز ، والبقل الأخضر في قشره ، مقطوعاً ، وفي شجره ، وبيع الحب المشقة في سنبله ، وبيع الطلع قبل أشقه ، مقطوعاً على وجه الأرض ، وفي شجره . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال الشافعي لا يجوز حتى يُنزع عنه قشره الأعلى ، إلا في الطلع ، والسنبل في أحد القولين . واحتج بأنه مستور بما لا بدّ خرّ علمه ، ولا مصلحة فيه . فلم يجز بيعه ، كتراب الصاغة ، والمعادن ، وبيع الحيوان المذبح في سنبله ^(١) .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الثمار حتى تبدؤ صلاحها . وعن بيع السنبل حتى يبيض » ، وبأن المأه « فمفهومه إباحة بيعه إذا بدا صلاحه ، وبيض سنبله ، ولأنه مستور بحائل من أصل خلقته ، فجاز بيعه ، كالماء ، والبيض ، والقشر الأسفل ولا يصح قولهم : ليس من مصلحته . فإن لا قوم له في شجره إلا به . والباقي يؤكل رطباً ، وقشره يحفظ رطوبته . ولأن الباقي يُباع في أسواق المسلمين من غير تكبير . فكان ذلك إجماعاً . وكذلك الجوز ، واللوز في شجرهما ، والحيوان المذبح يجوز في سنبله . فإنه إذا جاز بيعه قبل ذبحه ، وهو يُراد للذباح ، فكذلك إذا ذبح ، كما أن الرمانة إذا جاز بيعها قبل كسرها ، فكذلك إذا كسرت ، وأما تراب الصاغة ، والمعدن ، فلنا فيهما منع . وإن سلم فليس ذلك من أصل الخلقة . وفي تراب الصاغة ، ولا بقاؤه فيه من مصلحته ، بخلاف مسألتنا .

٢٩٠٣ « مسألة » قال ^(٢) وكذلك الرطبة كل جزئة ^(٣) .

وجملة ذلك : أن الرطبة وما أشبهها مما تثبت أصوله في الأرض ، ويؤخذ ما ظهر منه بالقطع دفعةً بعد دفعة ، كالنمناح ، والمندبا ، وشبههما . لا يجوز بيعه إلا أن يبيع الظاهر منه بشرط القطع في الحال . وبذلك قال الشافعي وروى ذلك عن الحسن وعطاء . ورخص مالك في أن يشتري جزئين ، وثلاثاً . ولا يصح ، لأن ما في الأرض منه مستور ، وما يحدث منه معدوم ، فلا يجوز بيعه ، كما لا يجوز بيع ما يحدث من الثمرة . فإذا ثبت هذا : فتى اشتراها قبل لم يجز له إبقاؤها . لأن ما لم يظهر منها أعيان لم يقدناؤها البيع ، فيكون ذلك للبائع إذا ظهر . فيفضى إلى اختلاط المبيع بغيره ، وللمرة بخلاف ذلك . فإن آخرها حتى طالت ، فالحكم فيها كالثمره إذا اشتراها قبل بدو صلاحها ، ثم تركها حتى بدا صلاحها .

٢٩٠٤ (فصل) وإن اشترى قصيلاً من شاعر ، ونحوه ، فقطعه ، ثم عاد فنبت . فهو لصاحب الأرض . لأن المشتري ترك الأصل على سبيل الرفض لها . فسقط حقه منها ، كما يسقط حق صاحب الزرع من السنابل التي يُخلّتها ، ولذلك أبيع لكل التقاطها . ولو سقط من الزرع حب ، ثم نبت من العمام المقبل ، فهو لصاحب الأرض . نص أحمد على هاتين المسألتين . وما يؤكد ما قلنا : أن البائع لو أراد

التصرف في أرضه بعد فصل الزرع بما يفسد الأصول ويقطعها . كان له ذلك ، يملك المشتري منعه منه ، ولو كان الباقي مستحقاً له لملك منعه منه .

٣٩٠٥ « مسألة » قال ﴿ والحمد لله على المشتري . فإن شرطه على البائع بطل البيع ﴾

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

الأول : أن من اشترى زرعاً ، أو جزءاً من الرطبة ، ونحوها ، أو ثمرة في أصولها فإن حصاد الزرع وجذ الرطبة وجزاز الثمرة وقطعها على المشتري . لأن نقل البيع وتفرغ ملك البائع منه على المشتري ، كمنقل الطعام المبيع من دار البائع . وبفارق السكيل والوزن . فأنهما على البائع . لأنهما من مؤنة التسليم إلى المشتري ، والتسليم على البائع ، وههنا حصل التسليم بالتخلية بدون القطع . بدليل جواز بيعهما ، والتصرف فيهما . وهذا مذهب أبي حنيفة ، والشافعي . ولا أعلم فيه مخالفاً .

الفصل الثاني : إذا شرطه على البائع . فاختفت أصحابنا . فقال الخرقي : يبطل البيع . وقال ابن أبي موسى : لا يجوز . وقيل يجوز . فإن قلنا : لا يجوز فهل يبطل البيع لبطلان الشرط ، على روايتين ، وقال القاضي : المذهب جواز الشرط . ذكره ابن حامد ، وأبو بكر . ولم أجد هذا الذي ذكره الخرقي رواية في المذهب ، واختلف أصحاب الشافعي أيضاً . فقال بعضهم : إذا شرط الحصاد على البائع فسد البيع قولاً واحداً ، وقال بعضهم : يسكون على قولين . فمن أفسد^(١) قال : لا يصح ثلاثة ممان . أحدهما . أنه شرط العمل في الزرع قبل أن يملكه . والثاني : أنه شرط مالا يقتضيه العقد . والثالث : أنه شرط تأخير التسليم . لأن معنى ذلك تسليمه مقطوعاً ، ومن أجازاه قال : هذا بيع ، وإجارة . لأنه باعه الزرع ، وآجره نفقته على حصاده : وكل واحد منهما يصح إفراده بالعقد . فإذا جمعهما جاز ، كالعينين . وقولهم : شرط العمل فيما لا يملكه يبطل بشرط رهن المبيع على الثمن في البيع . والثاني : يبطل بشرط الرهن ، والسكيل ، والخيار . والثالث : ليس بتأخير ، لأنه يمكنه تسليمه قائماً . ولأن الشرط من التسليم . فليس ذلك بتأخير التسليم ، فإذا فسدت هذه المعاني صح لما ذكرناه .

فإن قيل : فالبيع يخالف حكمه الإجارة . لأن الضمان ينتقل في البيع بتسليم العين ، بخلاف الإجارة . فكيف يصح الجمع بينهما ؟

قلنا : كما يصح بيع الشئ والسيف ، وحكمهما مختلف . فإن الشئ تثبت في الشئ دون السيف . ويجوز الجمع بينهما . وقول الخرقي . إن العقد ههنا يبطل يحتمل أن يختص بهذه المسألة ، وشبهها مما يقضى الشرط فيه إلى التنازع . فإن البائع ربما أراد قطعها من أعلاها ليبقى له منها بقية . والمشتري يريد الاستقصاء

عليها ليزيد له ما يأخذه ، فيُفَضَّى إلى التنازُع وهو مَفْسَدَةٌ ، فيبطلُ البيعُ من أجله . ويحتمل أن يقاس عليه ما أشبهه من اشتراط منفعة البائع في المبيع ، لما ذكرنا في صدر المسألة . والأول أولى لوجهين : أحدهما : أنه قال في موضع آخر ، ولا يبطلُ البيعُ بشرطٍ واحد .

والثاني : أن المذهب . أنه يصحّ اشتراطُ منفعة البائع في المبيع ، مثل أن يشتري ثوباً ، وبشروط على بائعه خياطته قيصاً ، أو فِلَعَةً ^(١) وتشتري حَذْوَهَا نَعْلًا ، أو جُرْزَةً ^(٢) حطب وبشروط حملها إلى موضع معلوم . نصّ عليه أحد في رواية مهنا ، وغيره ، حتى قال القاضي : لم أجد بما قال الخرق في رواية أنه لا يصحّ ، واحتجّ أحمد بأن محمد بن مسلمة اشترى من نبطي جُرْزَةً حَطَبٍ وَشَارَطَهُ على حملها ، وبه قال إسحاق ، وأبو عُبَيْدٍ ، وقال أبو حنيفة : يجوزُ أن يشتري فِلَعَةً وبشروط على البائع تَشْرِيكَهَا ^(٣) ، وحكي عن أبي ثور ، والثوري : أنهما أبطلا العقد بهذا الشرط ، لأنه شرط فاسد . فأشبهه سائر الشروط الفاسدة ، ورؤي عن النبي صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ » .

ولنا ما تقدّم : ولم يصحّ أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشروط . إنما الصحيح « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن شرطين في بيع » كذا ذكره الترمذي ، وهذا دال بمفهومه على جواز الشرط الواحد ، قال أحمد : إنما النهي عن شرطين في بيع . أما الشرط الواحد فلا بأس به .

٢٩٠٦ (فصل) ولا بدّ من كون المنفعة معلومة لها ، ليصحّ اشتراطها . لأننا نزلنا ذلك منزلة الإجارة . فلو اشترط حمل الحطب إلى منزله ، والبائع لا يعرف منزله لم يصحّ . ولو اشترط حَذْوَهَا نَعْلًا فلا بدّ من معرفة صِفَتِهَا ، كما لو استأجره على ذلك ابتداء . قال أحمد : في الرجل يشتري النعل على أن يحذوها جائزٌ إذا أراد الشراء . وإن تعذر العمل بطلب المبيع قبله ، أو يموت البائع انفسخت الإجارة ، ورجع المشتري عليه بعوض ذلك ، وإن تعذر بمرض أقيم مقامه من يعمل العمل ، والأجرة عليه ، كقوانا في الإجارة .

٢٩٠٧ (فصل) ويصحّ أن يشترط البائع نفع المبيع مدة معلومة . مثل أن يبيع داراً ويستثنى سكانها شهراً أو جملاً ويشترط ظهره ^(٤) إلى مكان معلوم ، أو عبداً ويستثنى خدمته سنة ، نصّ على هذا أحمد ، وهو قول الأوزاعي ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وابن المنذر ، وقال الشافعي وأصحاب الرأي .

(١) الفلعة : القطعة من الجلد .

(٢) الجرزة : الحزمة

(٣) تشریکها : أي صنع شرك لها . والشرك هو السير الذي يلتف على إصبع القدم الإبهام .

(٤) أي ركوب ظهره .

لا يصحّ الشرط . انتهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه وشرط . ولأنه ينافي مقتضى البيع . فأشبهه ما لو شرط أن لا يسلمه . وذلك لأنه شرط تأخير تسليم المبيع إلى أن يستوفي البائع منفعته . ولأن مقتضى البيع ملك المبيع ، ومنافيه . وهذا الشرط ينافيه . وقال ابن عقيل : فيه رواية ثانية : أنه يبطل البيع ، والشرط ، نقلها عبد الله بن محمد الفقيه في الرجل يشتري من الرجل جارية ويشترط أن تخدمه ، فالبيع باطل ، وهذه الرواية لا تدلّ على محل النزاع في هذه المسألة ، فإن اشترط خدمة الجارية باطل لوجهين :

أحدهما : أنها مجهولة ، وإطلاقها يقتضي خدمتها أبداً ، وهذا لا خلاف في بطلانه ، إنما الخلاف في اشتراط منفعة معلومة .

الثاني : أن يشترط خدمتها بعد زوال ملكه عنها ، فيقتضي إلى الخلوّة بها ، والخطر برؤيتها وصحبتها ولا يوجد هذا في غيرها . ولذلك منع إعاره الجارية الشابة ، لغير تحرّمها : وقال مالك : إذا اشترط ركوباً إلى مكان قريب جاز . وإن كان مكان بعيد كره . لأنّ اليسير تدخله المسامحة .

ولنا : ما روى جابر « أنه باع النبي صلى الله عليه وسلم لم جملًا ، واشترط ظهّره إلى المدينة » وفي لفظ قال « قيمته بأوقية » ، واستثنيت حملانه إلى أهلي « متفق عليه . وفي لفظ قال « قيمته منه بجمسي أواق » . قال قلت : قلّي أن لي ظهّره إلى المدينة : قال : وآلك ظهّره إلى المدينة » ورواه مسلم . ولأنّ النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنّيا إلا أن تعلم » وهذه ماومة . ولأنّ المنفعة قد تقع مستثناة بالشرع على المشتري فيما إذا اشترى نخلة مؤبّرة ، أو أرضاً مزروعة ، أو داراً مؤجّرة ، أو أمة مؤزّجة . فجاز أن يستثنى كالمواشيت كما لو اشترط البائع الثمرة قبل التأبير ، ولم يصحّ نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعه وشرط . وإنما نهى عن شرطين في بيع ، فهو إما بإباحة الشرط الواحد ، وقياسهم ينتفض باشتراط الخيار والتأجيل في الثمن .

٢٩٠٨ « فصل » وإن باع أمة ، واستثنى وطئها مدة معلومة لم يجز . لأنّ الوطاء لا يباح في غير ملك أو نكاح . لقوله تعالى (٢٣ : ٤ - ٧) وَالَّذِينَ هُمْ أَفْرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَلَهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ * فَمَنْ ابْتغى وراء ذلك فأولئك هم العادُونَ (وفارق اشتراط وطء المسكينة حيث نبيحه . لأنّ المسكينة مملوكة . فيستباح وطؤها بالشرط في الحلق المملوك . واختار ابن عقيل . أنه لا يباح وطؤها أيضاً . وهو قول أكثر الفقهاء .

٢٩٠٩ (فصل) وإن باع المشتري العينة المستثناة منفعتها صحّ البيع . وتكون في يد المشتري مستثناة أيضاً . فإن كان عالماً بذلك فلا خيار له . لأنه دخل على بصيرة . فلم يثبت له خيار كما لو اشترى

(١) الحملان : بضم الحاء وسكون الميم مصدر حمل ، كالحمل يفتح الحاء وسكون الميم ، ويقال حمله حملاً وحملاناً

مَمِيكًا يَعْلَمُ عَيْتَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَلَهُ خِيَارُ الْفَسْخِ ، لِأَنَّهُ عَيْبٌ ، فَهُوَ كَالْوِشْيَةِ أَوْ دَارًا مَوْجَرَّةً .
وإن أنلف المشتري العينَ فعليه أجر المثل لتفويت المنفعة المستحقة لغيره ، وثمن المبيع ، وإن تلفت العين
بتفريطه فهو كتلفها بفعله . نصّ عليه أحمد . وقال يرجع البائعُ على المبتاعِ بأجرة المثل . قال القاضي :
معناه عندي القدرُ الذي يَقْصِدُ البائعُ لأجل الشرط . وظاهر كلام أحمد خلافُ هذا ، لأنه يضمن ما فات
بتفريطه . فضمّنه بعوضه . وهو أجرة المثل . فأما إن تلفت بغير فعله ، ولا بتفريطه ، لم يضمن . قال الأثرم ،
قلت لأبي عبد الله . فعلى المشتري أن يحمله على غيره . لأنه كان له حُلَانٌ ؟ قال : لا . إنما شرط هذا عليه
بعمّنه . ولأنه لم يملكها البائع من جهته . فلم يلزمه عرضها ، كما لو تلفت النخلة المؤثرة بثمرتها . أو غير
المؤثرة ، إذا اشترط البائع ثمرتها ، وكما لو باع حائطًا واستثنى منه شجرة بعينها فتلفت . وقال القاضي :
عليه ضمّانها ، أخذًا من عموم كلام أحمد . وإذا تلفت العينُ رجع البائعُ على المبتاعِ بأجرة المثل . وهو محمول
على حالة التفريط على ما ذكرنا .

٢٩١٠ (فصل) وإذا اشترط البائعُ منفعةَ المبيع ، وأراد المشتري أن يعطيه ما يقومُ مقام المبيع
في المنفعة ، أو يعوّضه عنها لم يلزمه قبوله ، وله استيفاء المنفعة من غير المبيع . نصّ عليه أحمد . لأن حقه
تعلق بها . فأشبهه ما لو استأجر عينًا فبذل له الآخرُ مثلها ، ولأن البائع قد يكون له غرض في استيفاء منافع
تلك العين فلا يجبر على قبول عوضها . فإن تراضيا على ذلك جاز . لأن الحقّ لهما ، ولا يخرج عنهما وإن
أراد البائع إعارة العين ، أو إيجارها لمن يقوم مقامه . فله ذلك في قياس المذهب ، لأنها منافع مستحقة له ،
فذلك ذلك فيها ، كمنافع الدار المستأجرة ، والموصى بمنافعها . ولا يجوز إيجارها إلا مثله في الانتفاع . فإن
أراد إيجارها ، أو إعارة لمن يضرّ بالعين بانتفاعه لم يجز ذلك ، كما لا يجوز له إيجار العين المستأجرة لمن
لا يقوم مقامه . ذكر ذلك ابن عقيل .

٢٩١١ (فصل) إذا اشترط المشتري منفعةً في المبيع ، فأقام البائعُ مقامه من يعملُ العملَ فله ذلك .
لأنه همنا بمنزلة الأجير المشترك ، يجوز أن يعمل العمل بنفسه ، وبمن يقوم مقامه ، وإن أراد بذل العوض
عن ذلك لم يلزم المشتري قبوله . وإن أراد المشتري أخذَ العوض عنه لم يلزم البائع بذله . لأن المعاوضة
عقد تراضٍ ، لم يجبر عليه أحد . وإن تراضيا عليه احتل الجواز ، لأنها منفعة يجوز أخذ العوض عنها ،
لو لم يشترطها . فإذا ماسكها المشتري جاز أخذ العوض عنها كما لو استأجرها ، وكما يجوز أن يؤجر المنافع
الموصى بها من ورثة الموصي . ويحتمل أن لا يجوز . لأنه مُشْتَرَطٌ بحسب العادة ، والاستحسان ، لأجل
الحاجة . فلم يجز أخذ العوض عنه كالتقاضي . فإنه يجوز أن يردّ في الخبز ، والخير أقلّ ، أو أكثر .
ولو أراد أن يأخذ بقدر خُبْزه ، وكسره بقدر الزيادة الجائزة لم يجز . ولأنه أخذ عوض عن مرفقٍ معتاد

جرت العادة بالغفو عنه ، دون أخذ العوض . فأشبهه المنافع المستندة شرعاً . وهو مالو باع أرضاً فيها زرع للبائع ، واستحقّ تبقّيته إلى حين الحصاد ، فهو أخذه قصيلاً لينتفع بالأرض إلى وقت الحصاد لم يكن له ذلك .

٢٩١٢ (فصل) ولو قال : بعْتُك هذه الدار ، وأجرْتُكها شهراً لم يصح . لأنه إذا باعه فقد مالكَ المشتري المنافع ، فإذا أجره إياها فقد شرط أن يكون له بدلٌ في مقابلة ما ملكه المشتري . فلم يصح . قال ابن عقيل : وقد « نَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ قَفِيزِ الطُّحَّانِ » ومعناه أن يستأجر طحّاناً ليطحنَ له كِرَاءً بِقَفِيزٍ منه ، فصيرُ كأنه شرط عمله في القفيز عوضاً عن عمله في باقي الكِرَاءِ المطحون ، ويحتمل الجواز بناء على اشتراط منفعة البائع في المبيع .

٢٩١٣ (فصل) وإن شرط في المبيع إن هو باعه فالبائع أحقّ به بالثمن . فروى المروزي عنه أنه قال في معنى حديث النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « لَا شَرْطَانَ فِي بَيْعٍ » يعني أنه فاسدٌ . لأنه شرط أن يبيعه إياه ، وأن يُعْطِيَهُ إياه بالثمن الأول . فمما شرطان في بيعٍ نَهَى عَنْهُمَا ، ولأنه ينافي مقتضى العقد . لأنه شرط أن لا يبيعه لغيره إذا أعطاه ثمنه . فهو كما لو شرط أن لا يبيعه إلا من فلان ، أو أن لا يبيعه أصلاً ، وروى عنه إسماعيل بن سعيد : البيع حائزٌ . لما روى عن ابن مسعود أنه قال « ابْتَعْتَ مِنْ امْرَأَتِي زَيْنَبَ الثَّقَفِيَّةِ جَارِيَةً ، وَشَرَطْتُ لَهَا أَنْ يَمِثُّهَا فَهِيَ لَهَا بِالْثَمَنِ الَّذِي ابْتَعْتُهَا بِهِ فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِعُمَرَ . فَقَالَ : لَا تَقْرُبُهَا وَلَا أَحَدٍ فِيهَا شَرْطٌ » قال إسماعيل : فذكرت لأحمد الحديث . فقال : البيع جائز ، ولا تقرّبها لأنه كان فيها شرط واحد للمرأة . ولم يقل عمر في ذلك البيع فاسدٌ . فتحمل الحديث على ظاهره ، وأخذ به . وقد اتفق عمر وابن مسعود على صحته . والقياس يقتضي فسادَه . ويحتمل أن يُحمل كلام أحمد في رواية المروزي على فساد الشرط . وفي رواية إسماعيل بن سعيد على جواز البيع فيكون البيع صحيحاً ، والشرطُ فاسداً ، كما لو اشتراها بشرط أن لا يبيعه ، وقول أحمد « لَا تَقْرُبُهَا » قد روى مثله فيمن اشترط في الأمة أن لا يبيعه ولا يهبها ، أو شرط عليه ولأهله ولا يقرّبها . والبيع جائزٌ . واحتج بحديث عمر « لَا تَقْرُبُهَا وَلَا أَحَدٍ فِيهَا مَثْنَوِيَّةٌ » قال القاضي . وهذا على الكراهة ، لا على التحريم . قال ابن عقيل . عندى أنه إنما منَع من الوطء لسكان الخلاف في العقد ، لسكونه يفسدُ بفساد الشرط في بعض المذاهب .

٢٩١٤ « مسألة » قال « وإذا باع حائطاً ، واستثنى منه صاعاً لم يُجز . وإن استثنى منه نخلة أو شجرة بعينها جاز » .

الكلام في هذه المسألة فصلين .

أحدهما : أنه إذا باع ثمرة بُسْتَانٍ ، واستثنى صاعاً ، أو أصعاً أو مدّاً ، أو أمداداً ، أو باع صيرةً ،

واستثنى منها مثل ذلك لم يجز ، ورؤي ذلك عن سعيد بن المسيب ، والحسن ، والشافعي ، والأوزاعي ، وإسحق ، وأبي نور ، وأصحاب الرأي . وقال أبو الخطاب : فيه رواية أخرى : أنه يجوز ، وهو قول ابن سيرين ، وسالم بن عبد الله ، ومالك ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الثُّنْيَا إِلَّا أَنْ تُقْلَمَ » . رواه الترمذي ، وقال : هو حديث حسن ، صحيح ، وهذه ثنْيًا معلومة . ولأنه استثنى منها جزءاً .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ الثُّنْيَا » رواه البخاري . ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة لا بالقدر ، والاستثناء بغير حكم المشاهدة . لأنه لا بدري كم يبقى في حكم المشاهدة ، فلم يجز . ويخالف الجزء . فإنه لا يغير حكم المشاهدة . ولا يمنع العرفة بها .

٢٩١٥ (فصل) وإن باع شجرة أو نخلة ، واستثنى أوطالاً معلومة فالحكم فيه كما لو باع حائطاً ، واستثنى أصماً . وقال القاضي في شرحه : يصح . لأن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا استثناء سواطر الشاة ، والصحيح : ما ذكرناه . وهذا أشبه بمسألة الصاع من الحائط ، وإليها أقرب ، والمعنى الذي ذكرناه فيها متحقق ههنا ، فلا يصح والله أعلم .

٢٩١٦ الفصل الثاني : أنه إذا استثنى نخلة ، أو شجرة بعينها جاز . ولا نعلم في ذلك خلافاً . وذلك لأن المستثنى معلوم ، ولا يؤدي إلى جهالة المستثنى منه ، وإن استثنى شجرة غير معينة لم يجز . لأن الاستثناء غير معلوم ، فصار المبيع والمستثنى مجهولين . ورؤي عن ابن عمر : « أَنَّهُ بَاعَ مَرَّتَهُ بِأَرْبَعَةِ آلَافٍ ، وَاسْتَثْنَى طَعَامَ الْقِيَانِ » وهذا يحتمل أنه استثنى نخلاً معيناً بقدر طعام القيان . لأنه لو حمل على غير ذلك كان مخالفاً ، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الثنْيَا ، إلا أن تُقْلَمَ ولأن المستثنى متى كان مجهولاً لزم أن يكون الباقي بعده مجهولاً . فلا يصح بيعه . كما لو قال : بعتك من هذه الثمرة طعام القيان .

٢٩١٧ (فصل) وإن استثنى جزءاً معلوماً من الصبرة ، أو الحائط مُشَاعاً ، كثلث ، أو ربع ، أو أجزاء ، كسبمين ، أو ثلاثين أمان صحح البيع والاستثناء ذكره أصحابنا . وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر ، وابن أبي موسى : لا يجوز .

ولنا : أنه لا يؤدي إلى جهالة المستثنى ، ولا المستثنى منه ، فصح ، كما لو اشترى شجرة بعينها . وذلك لأن معنى بعتك هذه الصبرة إلا ثلثها أي بعتك ثلثيها ، وقوله : إلا ربعها . معناه بعتك ثلاثة أرباعها . ولو باع حيواناً واستثنى ثلثه جاز ، وكان معناه بعتك ثلثيه ، ومنع منه القاضي أبو يعلى ، قياساً على استثناء الشحم ، ولا يصح . لأن الشحم مجهول ، لا يصح إفراده بالبيع . وهذا معلوم . ويصح إفراده بالبيع .

فصح استثنائه ، كالشجرة الممتنة . وقياسُ المعلوم على المجهول في الفساد لا يصح . فعلى هذا بصيران شريكين فيه ، للشترى ثلثاه ، وللباع ثلثه .

٢٩١٨ (فصل) فإن قال : بعثك قفيزاً من هذه الصبرة إلا مكوكاً جاز . لأن القفيز معلوم . والمكوك معلوم ، فلا يفضى إلى الجهالة ، ولو قال : بعثك هذه الثمرة بأربعة دراهم إلا بقدر درهم صح . لأن قدره معلوم من المبيع ، وهو الربع . فكأنه قال : بعثك ثلاثة أرباع هذه الثمرة ، بأربعة دراهم . ولو قال : إلا ما يساوى درهماً لم يصح لأن ما يساوى الدرهم قد يكون الربع ، أو أكثر ، أو أقل ، فيكون مجهولاً قبيحاً .

٢٩١٩ (فصل) وإن باع قطعاً ، واستثنى منه شاةً بعينها صح . وإن استثنى شاةً غير معينة لم يصح . نص عليه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال مالك : يصح أن يبيع مائة شاةٍ إلا شاةً يختارها ، أو يبيع ثمرة حائطه ، ويستثنى ثمرةً تختارها . ولما : أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » و « نهى عن بيع الفرر » ولأنه مبيع مجهول ، والمستثنى منه مجهول . فلم يصح ، كما لو قال : إلا شاةً مطلقة . ولأنه مبيع مجهول . فلم يصح ، كما لو قال : بعثك شاةً تختارها من القطيع .

وضابط هذا الباب : أنه لا يصح استثناء ما لا يصح بيعه مفرداً ، أو بيع ما عداه مفرداً عن المستثنى ، ونحو هذا : مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، إلا أن أصحابنا استثنوا من هذا سواقط الشاة ، وجلدها . للأثر الوارد فيه . والحل على رواية الجواز لفعل ابن عمر . وما عدا هذا فيبقى على الأصل .

٢٩٢٠ (فصل) وإن باع حيواناً ما كولا ، واستثنى رأسه وجلده ، وأطرافه ، وسواقطه صح . نص عليه أحمد . وقال مالك : يصح في السفر دون الحضر . لأن المسافر لا يمكنه الانتفاع بالجلد ، والسواقط . فجوز له شراء اللحم دونها . وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يجوز . لأنه لا يجوز إفراؤه بالهقد ، فلم يجز استثنائه كالحل .

ولما : أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » وهذه معلومة ، وروى « أن النبي صلى الله عليه وسلم لما هاجر إلى المدينة ومعه أبو بكر وعامر بن قهبة مروا براعي غنم . فذهب أبو بكر وعامر فاشترى منه شاة ، وشرطا له سلتبها^(١) » وروى أبو بكر في الشافي بإسناده ، عن جابر ، عن الشعبي ، قال « قضى زيد بن ثابت ، وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في بقره باعها رجل واشترط رأسها . فقضى بالشروى^(٢) » يعني أن يعطى رأساً مثل رأس^(٣) ، ولأن المستثنى

(١) السلب من الذبيحة . جلدها وأكارعها ، وبطنها .

(٢) الشروى . المثل .

(٣) هكذا في الأصل ، وكان الأولى أن يقال (رأساً مثل رأس بقرته) .

والاستثنى منه معلومان ، فصَحَّ ، كما لو باع حائطًا ، واستثنى منه نخلةٌ مُعَيَّنة ، وكونه لا يجوزُ إفرادُه بالبيع يبطل بالثمرة قبل التأخير لا يجوزُ إفرادها بالبيع ، بشرط التبقية ، ويجوز استثناءؤها ، والحل مجهول . ولنا : فيه منع . فإن امتنع المشتري من ذبحها لم يُجبر عليه ، ويلزمه قيمة ذلك على التقريب . نص عليه . لما روى عن علي رضي الله « أنه قضى في رجل اشترى ناقةً وشرطَ ثنياها : فقال : اذهبوا إلى السوق فإذا بلغت أقصى ثمنها فأعطوه حسابَ ثمنها من ثمنها » .

٢٩٢١ (فصل) فإن استثنى شحم الحيوان لم يصح . نص عليه أحمد . قال أبو بكر لا يختلفون عن أبي عبد الله أنه لا يجوز ذلك . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنيا إلا أن تعلم » ولأنه مجهول ، لا يصح إفراده بالبيع . فلم يصح استثناءؤه ، كنفذها ، وإن استثنى الحل لم يصح استثناءؤه ، لذلك ، وهذا قول أبي حنيفة ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وقد نقل عن أحمد صحته ، وبه قال الحسن والنخعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . لما روى نافع ، عن ابن عمر « أنه باع جاريةً ، واستثنى ما في بطنها » ولأنه يصح استثناءؤه في المتق . فصح في البيع ، قياساً عليه .

ولنا : ما تقدم . والصحيح من حديث ابن عمر « أنه أعتق جاريةً واستثنى ما في بطنها » لأن الثقات الحفاظ حدثوا الحديث فقالوا : « أعتق جاريةً » والإسناد واحد . قاله أبو بكر . ولا يلزم من الصحة في المتق الصحة في البيع لأن المتق لا تمنع الجهالة ، ولا المعجز ، عن التسليم . ولا يعتبر فيه شروط البيع .

٢٩٢٢ (فصل) وإن باع جاريةً حاملًا بحر . فقال القاضي : لا يصح . وهو مذهب الشافعي لأنه لا يدخل في البيع : فكأنه مستثنى : والأولى صحته . لأن المبيع معلوم . وجهالة الحل لا تضر من حيث إنه ليس بمبيع ولا مستثنى باللفظ . وقد يُستثنى بالشرع مالا يصح استثناءؤه باللفظ ، كما لو باع أمةً مَرْوَجَةً صح . ووقعت منفعة البضع مُستثناة بالشرع . ولو استثنى باللفظ لم يجز . ولو باع أرضاً فيها زرع للبائع ، أو نخلةً مُؤَبَّرَةً لوقعت منفعتها مُستثناة مدة بقاء الزرع ، والثمرة ، ولو استثنى بقوله لم يجز .

٢٩٢٣ (فصل) ولو باع داراً إلا ذراعاً وها بعلبان ذرعان الدار جاز . وكان مُستثنياً جزءاً مُشاعاً منها ، لأنه جزء معلوم يصح إفراده بالبيع ، فجاز استثناءؤه كثلثها ورُبُعها ، وإن بعلما لم يجز . لأنه مجهول لا يجوز إفراده بالبيع . ولأنه استثنى معلوم المقدار من مبيع معلوم بالمشاهدة . فلم يجز كاستثناء الصاع من ثمرة الحائط ، والقفيز من الصبرة . وهكذا الحكم إذا باعه ضئيلةً إلا جريباً . فتى علما جرُّبان الضئيلة صح ، وإلا فلا .

٢٩٢٤ (فصل) وإذا باع سمسها ، واستثنى الكسب لم يجز . لأنه قد باعه الشيرج في الحقيقة . وهو غير معلوم . فإنه غير معين ، ولا موصوف . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الثنئيا إلا أن تعلم » وكذا لو باعه قطعاً ، واستثنى الحب . لم يجز . لجهالة ذلك . ولأن المستثنى غير معلوم ولو باعه السمس ، واستثنى الشيرج لم يجز كذلك .

٢٩٢٥ (فصل) ولو باعه بدينار إلا درهما ، أو إلا قفيزاً من حنطة أو شعير . لم يصح البيع . لأنه قصد رفع المستثنى من المستثنى منه . وقدر ذلك مجهول . فيصير الثمن مجهولاً .

٢٩٢٦ « مسألة » قال « وإذا اشترى الثمرة دون الأصل فتلفت بجائحة من السماء رجع بها على البائع » الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

الأول : أن ما تملكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع . وبهذا قال أكثر أهل المدينة . منهم يحيى بن سعيد الأنصارى ومالك ، وأبو عبيد ، وجماعة من أهل الحديث . وبه قال الشافعى في القديم . وقال أبو حنيفة ، والشافعى في الجديد : هو من ضمان المشتري . لما روى « أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم . فقالت : إن ابني اشترى ثمرة من فلان . فأذهبتها الجائحة ، فسألته أن يضع عنه فتألى^(١) أن لا يفعل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : تألى فلان أن لا يفعل خيراً » متفق عليه . ولو كان واجباً لأجبره عليه ، لأن التخلية يتملق بها جواز التصرف . فتملق بها الضمان كالنقل والتحويل ، ولأنه لا يضمنه إذا أتاه آذى ، كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره .

ولنا : ما روى مسلم في صحيحه عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوانح » وعنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن بعث من أخيك ثمرأ فأصابته جائحة . فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً . ولم تأخذ مال أخيك بفقر حق ؟ » رواه مسلم ، وأبو داود ، ولفظه « من باع ثمرأ فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً . علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم ؟ » وهذا صريح في الحكم ، فلا يعدل عنه . قال الشافعى : لم يثبت عندى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوانح . ولو ثبت لم أعده . ولو كنت قائلاً بوضعها لوضعتها في القليل ، والكثير . قلنا : الحديث ثابت . رواه الأئمة . منهم الإمام أحمد ، ويحيى بن معين ، وعلى بن حرب وغيرهم ، عن ابن عيينة ، عن حميد الأعرج ، عن سليمان بن عتيق ، عن جابر . ورواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه ، وابن ماجه ، وغيرهم . ولا حجة لهم في حديثهم . فإن فعل الواجب خير . فإذا تألى أن لا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً . فأما الإجبار فلا يفعله النبي صلى الله عليه وسلم بمجرد قول المدعى من

غير إقرار من البائع ، ولا حضور ، ولأن التخلية ليست بقَبْض تام . بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم . ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض . بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم . ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض . بدليل المنافع في الاجارة ، يُباح التصرف فيها ، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر . كذلك الثمرة . فاتها في شجرها كاللنافع قبل اسقيائها ، توجدُ حالاً ، خالاً . وقياسهم يبطل بالتخلية في الاجارة .

الفصل الثاني : أن الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها ، كالريح ، والبرد ، والجراد ، والعطش ، لما روى الساجي بإسناده ، عن جابر « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى فِي الْجَائِحَةِ تَكُونُ فِي الْبَرْدِ ، وَالْجَرَادِ ، وَفِي الْحَبَقِ ، وَالسَّيْلِ . وَفِي الرِّيحِ » وهذا تفسير من الراوي لكلام النبي صلى الله عليه وسلم . فيجب الرجوعُ إليه ، وأما ما كان بفعل آدمي . فقال القاضي : المشتري بالخيار بين فسخ العقد ، ومطالبة البائع بالثمن ، وبين البقاء عليه ، ومطالبة الجاني بالقيمة . لأنه أمكن الرجوعُ بيده ، بخلاف التالف بالجائحة .

الفصل الثالث : أن ظهر المذهب : أنه لا فرق بين قليل الجائحة ، وكثيرها . إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا يَنْضَبِطُ فلا يلتفت إليه . قال أحمد : إني لا أقول في عشر تمرات ، ولا عشرين ثمرة . ولا أدري ما الثلث ؟ ولكن إذا كانت جائحة تُعرف الثلث ، أو الربع ، أو الخمس ، توضع . وفيه رواية أخرى : أن ما كان بعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري ، وهو مذهب مالك ، والشافعي في القديم . لأنه لا بد أن يأكل الطير منها ، وتنتثر الريح . ويسقط منها ، فلم يكن بد من ضابط ، وحد فاصل بين ذلك ، وبين الجائحة ، والثلث قد رأينا الشرع اعتبره في مواضع ، منها الوصية ، وعطايا المريض ، وتساوى جراح المرأة جراح الرجل إلى الثلث . قال الأثرم : قال أحمد : إتهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة . ولأن الثلث في حد الكثرة ، وما دونه في حد القلة ، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في الوصية « الثُّلُثُ ، وَالثُّلُثُ ، كَثِيرٌ » فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة . فلمذا قدر به .

ووجه الأول عموم الأحاديث . فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح . وما دون الثلث داخل فيه ، فيجب وضعه . ولأن هذه الثمرة لم يتم قبضها . فكان ما تلف منها من مال البائع ، وإن كان قليلاً كالتي على وجه الأرض ، وما أكله الطير ، أو سقط لا يؤثر في العادة . ولا يُسمى جائحة . فلا يدخل في الخبر ، ولا يمكن التجرّز منه . فهو معلوم الوجود بحكم العادة ، فكأنه مشروط .

إذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وُضع من الثمن بقدر التذاعب . فإن تلف

الجميع بطل العقد . ويرجع المشتري بجميع الثمن . وأما على الرواية الأخرى : فإنه يعتبر ثلث المبالغ . وقيل : ثلث القيمة . فإن تلف الجميع أو أكثر من الثلث رجع بقيمة الثالف كله من الثمن ، وإذا اختلفا في الجائحة ، أو قدر ما ألتف ، فالقول قول البائع ، لأن الأصل السلامة ولأنه غارم ، والقول في الأصول قول الفارم .

٢٩٢٧ (فصل) فإن بلغت الثمرة أو ان الجزأين ، فلم يجزها حتى اجتاحت . فقال القاضي : عندي لا يوضع عنه . لأنه مفرط بترك النقل في وقته ، مع قدرته . فكان الضمان عليه . ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع ، فأمكنه قطعها فلم يقطعها حتى تلفت . فهي من ضمانه لأن تلفها بتفريطه . وإن تلفت قبل إمكان قطعها . فهي من ضمان بائعها كالمسألة فيها .

٢٩٢٨ (فصل) إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع . فلا شيء على المؤجر نص عليه أحمد . ولا نعلم فيه خلافاً . لأن المعقود عليه منافع الأرض ، ولم تتلف وإنما تلف مال المستأجر فيها . فصار كدار استأجرها ليقتصر فيها ثياباً فتلفت الثياب فيها .

٢٩٢٩ « مسألة » قال (وإذا وقع البيع على مكيل ، أو على موزون ، أو معدود ، فتلف قبل قبضه . فهو من مال البائع) .

ظاهر كلام الخريفي : أن المكيل والموزون والمعدود لا يدخل في ضمان المشتري إلا بقبضه . سواء كان متميماً كالصبرة ، أو غير متممين كقفيز منها . وهو ظاهر كلام أحمد . ونحوه قول إسحاق ، وروى عن عثمان بن عفان ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، والحكم ، وحماد بن أبي سليمان : أن كل ما بيع على الكيل ، والوزن ، لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وما ليس بمكيل ، ولا موزون يجوز بيعه قبل قبضه ، وقال القاضي وأصحابه : المراد بالمكيل ، والموزون ، والمعدود ، ما ليس بمتعين منه ، كالقفيز من صبرة . والرطل من زبرة^(١) ومكيلة زببت من دن^(٢) فأما المتعين فيدخل في ضمان المشتري كالصبرة يبيعه من غير تسمية كيل . وقد نقل عن أحمد ما يدل على قولهم . قال في رواية أبي الحارث : في رجل اشترى طعاماً فطلب من يحمله ، فرجع ، وقد احترق الطعام . فهو من مال المشتري . واستدل بحديث ابن عمر « ما أدركت الصفة حياً تجموعاً فهو من مال المشتري » وذكر الجوزجاني عنه فيمن اشترى ما في السفينة صبرة ، ولم يسم كيلاً ، فلا بأس أن يشرك فيها ، ويبيع ماشاء ، إلا أن يكون بينهما كيل ، فلا يؤلى حتى

(١) الزبرة : القطعة من الحديد ، والباطل أن يبيعه وزن رطل من قطعة من الحديد وزنها أكثر من الرطل

لأنه غير معين

(٢) الدن : البرميل . أو نحوه .

يُكَالَ عَلَيْهِ . ونحوَ هذا قال مالك . فإنه قال : ما يبيع من الطعام مَكَايِلَةً ، أو مُوَازِنَةً لم يجز بيعه قبل قبضه : وما يبيع مُجَازَفَةً أو يبيع من غير الطعام مَكَايِلَةً ، أو مُوَازِنَةً جاز بيعه قبل قبضه . ووجه ذلك : ما روى الأوزاعي عن الزهري عن حمزة بن عبد الله بن عمر : أنه سمع عبد الله بن عمر يقول « مَضَتْ السَّنَةُ أَنْ مَا أَذْرَكْتُهُ الصَّفْقَةَ حَيًّا تَجْمُوعًا فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُبْتَاعِ » رواه البخاري ، عن ابن عمر من قوله تعليقاً . وقول الصحابي « مَضَتْ السَّنَةُ » يقتضي سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولأن المبيع المعين لا يتملق به حق توفية . فكان من مال المشتري ، كغير المسكيل ، والموزون ، ونقل عن أحمد : أن الملعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه ، سواء كان مكبلاً ، أو موزوناً ، أو لم يكن . وهذا يقتضي أن الطعام خاصة لا يدخل في ضمان المشتري حتى يقبضه . فإن الترمذي روى عن أحمد : أنه أرخص في بيع مالا يُكَالَ ، ولا يوزن مما لا يؤكل ، ولا يشرب قبل قبضه . وقال الأثرم : سألت أبا عبد الله عن قوله « نَهَى عَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنْ » قال : هذا في الطعام ، وما أشبهه من مأكول أو مشروب . فلا يبيعه حتى يقبضه . قال ابن عبد البر : الأصح عن أحمد بن حنبل أن الذي يمنع من بيعه قبل قبضه هو الطعام . وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ » ففهموه : لإباحة بيع ما سواه قبل قبضه ، وروى ابن عمر قال « رَأَيْتُ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ الطَّعَامَ مُجَازَفَةً يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَبِيعُوهُ حَتَّى يُوْوُوهُ إِلَى رِحَالِهِمْ » وهذا نص في بيع المعين ، وعموم قوله عليه السلام « مَنْ ابْتَعَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » متفق عليهما . ولمسلم عن ابن عمر قال « كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزْأَفَاءً . فَتَمَّانَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ نَبِيعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَسَاكِينِهِ » وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن من اشترى طعاماً فليس له أن يبيعه حتى يستوفيه . ولو دخل في ضمان المشتري جاز له بيعه والتصرف فيه ، كما بعد القبض . وهذا يدل على تعميم المنع في كل طعام مع تنصيبه على المبيع مُجَازَفَةً بالمنع . وهو خلاف قول القاضي ، وأصحابه . وبدل بمفهومه على أن ماعدا الطعام يُخالفه في ذلك .

ووجه قول الخرافي إن الطعام المنهي عن بيعه قبل قبضه لا يكادُ يخلو من كونه مكبلاً أو موزوناً ، أو ممدوداً . فتعلق الحكم بذلك ، كتعلق ربا الفضل به ، ويحتمل أنه أراد المسكيل ، والموزون ، والممدود من الطعام الذي ورد النص بمنع بيعه . وهذا أظهر دليل ، وأحسن .

إذا ثبت هذا فإنه إن تلف المبيع من ذلك قبل قبضه بأية سبب ، بطل العقد ، ورجع المشتري بالثمن ، وإن تلف بفعل المشتري استقر الثمن عليه . وكان كالقبض . لأنه تصرف فيه . وإن أتلفه أجنبي لم يبطل العقد على قياس قوله في الجائحة . ويثبت المشتري الخيار بين النسخ ، والرجوع بالثمن . لأن التلف حصل في يد البائع ، فهو كحدوث العيب في يده ، وبين البقاء على العقد ، ومطالبة المتلف بالمثل ، إن كان مثلياً

وبهذا قال الشافعي . ولا أعلم فيه مخالفاً . وإن أنلف البائع فقال أصحابنا : الحكم فيه كما لو أنلفه أجنبي . لأنه أنلفه من يلزمه ضمانه . فأشبهه مالو أنلفه أجنبي . وقال الشافعي : يفسخ العقد ، ويرجع المشتري بالثمن لا غير . لأنه تلف يضمنه به البائع ، فكان الرجوع عليه بالثمن كالتلف بفعل الله تعالى . وفرق أصحابنا بينهما بكونه إذا تلف بفعل الله تعالى لم يوجد مقتضى للضمان سوى حكم العقد . بخلاف ما إذا أنلفه . فإن إتلافه يقتضى الضمان بالمثل . وحكم العقد يقتضى الضمان بالثمن . فكانت الخيرة إلى المشتري في التضمن بأيهما شاء .

٢٩٣٠ (فصل) ولو تعيب في يد البائع ، أو تلف بعضه بأمر سماوي فالمشتري مخير بين قبوله ناقصاً ولا شيء له ، وبين فسخ العقد والرجوع بالثمن . لأنه إن رضيه مبيعاً فكانه اشتري مبيعاً هو عالم بمعيبه . ولا يستحق شيئاً من أجل العيب . وإن فسخ العقد لم يكن له أكثر من الثمن . لأنه لو تلف المبيع كله لم يكن له أكثر من الثمن ، فإذا تعيب ، أو تلف بعضه كان أولى . وإن تعيب بفعل المشتري ، أو تلف بعضه لم يكن له فسخ لذلك . لأنه أنلف ملكه فلم يرجع على غيره . وإن كان ذلك بفعل البائع فقياس قول أصحابنا : أن المشتري مخير بين الفسخ ، والرجوع بالثمن ، وبين أخذه ، والرجوع على البائع بعوض ما أنلف ، أو عيب . وقياس قول الشافعي : أن يكون بمنزلة ما لو تلف بفعل الله تعالى ، وإن كان بفعل أجنبي . فله الخيار بين الفسخ والمطالبة بالثمن ، وبين أخذ المبيع ومطالبة المتلف بعوض ما أنلف .

٢٩٣١ (فصل) ولو باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه . فإن كانت في يد المشتري فهو كما لو أنلفه . وإن كانت في يد البائع فهو بمنزلة إتلافه له . وكذلك إن كانت في يد أجنبي . فهو كالتلافه . فإن لم تكن في يد أحد انفسخ البيع . لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمي . فهو كتلفه بفعل الله تعالى ٢٩٣٢ (فصل) ولو اشترى شاة أو عبداً أو شقصاً بطعام ، فقبض الشاة أو العبد ، أو باعهما ، أو أخذ الشقص بالشفعة ثم تلف الطعام قبل قبضه انفسخ العقد الأول دون الثاني . ولا يبطل الأخذ بالشفعة . لأنه كمثل قبل فسخ العقد . ويرجع مشتري الطعام على مشتري الشاة ، والعبد ، والشقص بقيمة ذلك ، لتعذر رده . وعلى الشفيع مثل الطعام . لأنه عوض الشقص .

٢٩٣٣ « مسألة » قال ﴿ وما عداه فلا يحتاج فيه إلى قبض . وإن تلف فهو من مال المشتري ﴾ . يعني ما عدا المسكيل ، والموزون ، والمعدود ، فإنه يدخل في ضمان المشتري قبل قبضه ، وقال أبو حنيفة كل مبيع تلف قبل قبضه من ضمان البائع ، إلا العقار . وقال الشافعي : كل مبيع من ضمان البائع حتى يقبضه المشتري . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى كقوله ، لأن ابن عباس قال « أرى كل شيء بمنزلة الطعام » ولأن التسليم واجب على البائع . لأنه في يده . فإذا تعذر بتلفه انفسخ العقد كالمسكيل ، والموزون ، والمعدود .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراجُ بالضمَان » وهذا المبيعُ نماؤه المشتري فضمانه عليه ، وقول ابن عمر « مَضَتِ السَّنَةُ أَنْ مَا أَذَرَ كَتَمَهُ الصَّفَقَةُ حَتَّى تَجْمُوعاً فَهُوَ مِنْ مَالِ الْمُبْتَاعِ » ولأنه لا يتعلق به حقٌ توفيقٍ . وهو من ضمانه بعد قبضه . فكان من ضمانه قبله ، كالإيراث . وتخصيصُ النبي صلى الله عليه وسلم الطعامَ بالنهي عن بيعه قبل قبضه دليلٌ على مخالفة غيره له .

٢٩٣٤ (فصل) والمبيعُ بصفةٍ ، أو رؤيةٍ متقدمة من ضمان البائع حتى يقبضه المبتاعُ . لأنه يتعلق به حقٌ توفيقٍ ، فجرى مجرى للكيل ، والموزون . قال أحد : لو اشترى من رجل عبداً بعيته ، فمات في يد البائع ، فهو من مال المشتري ، إلا أن يطلبه ، فيمنعه البائعُ . فهو ضامنٌ لقيمته حين عَطَبَ . ولو حبسه ببقية الثمن فهو غاصِبٌ . ولا يكون رهنًا ، إلا أن يكون قد اشترط عليه في نفس الرهن .

٢٩٣٥ (فصل) وقبض كل شيء بحسبه . فإن كان مكيلاً أو موزوناً بيع كَيْلاً ، أو وزناً فقبضه بكَيْلِهِ ، ووزنه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : التخلية في ذلك قبض ، وقد روى أبو الخطاب عن أحد رواية أخرى : أن القبضَ في كل شيء بالتخلية مع التمييز . لأنه خلى بينه وبين المبيع من غير حائل . فكان قبضاً له كالعقار .

ولنا : ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إِذَا بَعْتَ فَكَيْلٌ ، وَإِذَا أَبَعْتَ فَكَتَلٌ » رواه البخاري ، وعن النبي صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّى يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ : صَاعُ الْبَائِعِ ، وَصَاعُ الْمُشْتَرِي » رواه ابن ماجه . وهذا فيما بيع كَيْلاً . وإن بيع جزأً فقبضه نقله . لأن ابن عمر قال « كَانُوا يُضْرَبُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِذَا اشْتَرَوْا طَعَامًا جِزْأً أَنْ يَبْيِعُوهُ فِي مَكَانِهِ حَتَّى يُحَوَّلُوهُ » وفي لفظ « كُنَّا نَبْتَاعُ الطَّعَامَ جِزْأً ، فَبَعَثَ عَلَيْنَا مَنْ يَأْمُرُنَا بِانْقِلَالِهِ مِنْ مَكَانِهِ الَّذِي أَبْتَعْنَاهُ إِلَى مَكَانٍ سِوَاهُ قَبْلَ أَنْ نَبْيِعَهُ » وفي لفظ « كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزْأً ، فَهَنَّا رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ نَبْيِعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ » رواه مسلم . وهذا يبين أن الكيل إنما وجب فيما بيع بالكيل . وقد دلَّ على ذلك أيضاً قول النبي صلى الله عليه وسلم « إِذَا سَمَّيْتَ الْكَيْلَ فَكَيْلٌ » رواه الأثرم ، وإن كان المبيعُ دراهم ، أو دنانير فقبضها باليد . وإن كان ثياباً فقبضها نقلها . وإن كان حيواناً فقبضه تمشيته من مكانه . وإن كان مما لا يُنقل ، ويُحوَّل فقبضه التخلية بينه وبين مشتريه ، لا حائل دونه . وقد ذكره الخريفي في باب الرهن ، فقال : إن كان مما يُنقل فقبضه أخذه إياه من رهنه منقولاً . وإن كان مما لا يُنقل فقبضه تخلية رهنه بينه وبين مُرْتَهِنِهِ لا حائل دونه ، ولأن القبض مُطْلَقٌ في الشرع . فيجب الرجوع فيه إلى العرف ، كالإحراز والفرق . والعادة في قبض هذه الأشياء ما ذكرنا .

٢٩٣٦ (فصل) وأجرة السكيتال ، والوزان في السكيل والموزون على البائع . لأن عليه تَقْبِضُ المَبِيعَ للمشتري . والقَبْضُ لا يحصلُ إلا بذلك . فكان على البائع ، كما أن على بائع الثمرة سقيها ، وكذلك أجرة الذي يَبْعُدُ المدودات . وأما نقل المنقولات وما أشبهه فهو على المشتري . لأنه لا يتعلق به حق توفيق . نص عليه أحمد .

٢٩٣٧ (فصل) وَيَصِحُّ القَبْضُ قبل نقد الثمن ، وبعده ، باختيار البائع ، وبغير اختياره . لأنه ليس للبائع حبسُ المبيع على قبض الثمن . ولأن التسليم من مقتضيات العقد . فتي وجد بعده وقع موافقه ، كقبض الثمن .

٢٩٣٨ « مسألة » قال ﴿ ومن اشترى ما يحتاج إلى قبضه لم يجز بيعه حتى يقبضه ﴾

قد ذكرنا الذي لا يحتاج إلى قبض ، والخلاف فيه . وكل ما يحتاج إلى قبض إذا اشتراه لم يجز بيعه حتى يقبضه . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنِ ابْتِاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » متفق عليه ، ولأنه من ضمان بائعه ، فلم يجز بيعه كالتسليم . ولم أعلم بين أهل العلم خلافاً ، إلا ما حُكِيَ عن البتّي أنه قال : لا بأس ببيع كل شيء قبل قبضه ، وقال ابن عبد البر : وهذا قول مردود بالسنة ، والحجة المجمعة على الطعام . وأظنه لم يملكه هذا الحديث . ومثل هذا لا يلتفت إليه . وأما غير ذلك فيجوز بيعه قبل قبضه في أظهر الروايتين . ويروى مثل هذا عن عثمان ابن عفان ، رضى الله عنه ، وسعيد بن المسيب ، والحكم ، وحماد ، والأوزاعي ، وإسحاق . وعن أحمد رواية أخرى : لا يجوز بيع شيء قبل قبضه . اختارها ابن عقيل . وروى ذلك عن ابن عباس ، وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعي ، إلا أن أبا حنيفة أجاز بيع العقار قبل قبضه . واحتجوا بنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام قبل قبضه . وبما روى أبو داود « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى أَنْ تُبَاعَ السَّلْعُ حَيْثُ تُبْتِاعُ حَتَّى يَحْوَزَهَا التُّجَّارُ إِلَى رِحَالِهِمْ » وروى ابن ماجه « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ شِرَاءِ الصَّدَقَاتِ حَتَّى تَقْبِضَ » وروى « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما بعث عَقَابَ بْنَ أُسَيْدٍ إِلَى مَكَّةَ قَالَ : انْهَمُّ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يَقْبِضُوهُ ، وَعَنْ رِبْحِ مَا لَمْ يَضْمَنُوهُ » ولأنه لم يَمِ الْمَلِكُ عليه . فلم يجز بيعه ، كغير المتعين ، أو كالمسكيل والموزون .

ولنا: ما روى ابن عمر قال « كُنَّا نَبِيعُ الْإِبِلَ بِالْبَيْعِ بِالدَّرَاهِمِ ، فَتَأْخُذُ بَدَلَ الدَّرَاهِمِ الدَّانِيْرَ ، وَنَبِيعُهَا بِاللَّانِيْرِ ، فَتَأْخُذُ بَدَلَهَا لَدَرَاهِمِ . فَسَأَلْنَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ ؟ فَقَالَ : « لَا بَأْسَ إِذَا تَقَرَّرْتُمَا ، وَلَيْسَ بَيْنَكُمَا شَيْءٌ » وهذا تصرف في الثمن قبل قبضه . وهو أحد المَوْصَيْنِ ، وروى ابن عمر « أَنَّهُ كَانَ

عَلَى بَكْرٍ^(١) صَعْبٍ — يعنى لعمر — فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر : « بَعْنِيهِ » قَالَ : هُوَ لَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ اللَّهِ بْنَ عَمَرَ فَأَصْنَعْ بِهِ مَا شِئْتَ » وهذا ظاهره التصرف في المبيع بالهبة قبل قبضه ، واشترى من جابر جملة ونقده ثمنه ، ثم وهبه لإياه قبل قبضه . ولأنه أخذ نوعى المعقود عليه . فجاز التصرف فيه قبل قبضه ، كالمنافع في الإجارة . فإنه يجوز له إجارة العين المستأجرة قبل قبض المنافع . ولأنه مبيع لا يتعاق به حق توفية ، فصَحَّ بيعه ، كاللحل في يد مودعه ، أو مضاربه . فأما أحاديثهم فقد قيل : لم يصح منها إلا حديث الطعام . وهو حجة لنا بمفهومه . فإن تخصيصه الطعام بالنهي عن بيعه قبل قبضه يدل على إباحة ذلك فيما سواه . وقولهم : لم يتم الملك عليه : ممنوع . فإن السبب المقتضى للملك متحقق . وأكثر ما فيه تخلف القبض . واليد ليست شرطاً في صحة البيع . بدليل جواز بيع المسال المودع ، والموروث ، والتصرف في الصداق ، وعوض الخلع عند أبي حنيفة .

٢٩٣٩ (فصل) وما لا يجوز بيعه قبل قبضه لا يجوز بيعه لبائعه . لعوم الخبر فيه . قال القاضي : ولو ابتاع شيئاً مما يحتاج إلى قبض ، فلقمه ببدل آخر لم يسكن له مطالبة ، ولا أخذ بدله . وإن تراضيا . لأنه مبيع لم يقبض . فإن كان مما لا يحتاج إلى قبض جاز أخذ البدل عنه . وإن كان في سلم لم يجز أخذ البدل عنه . لأنه أيضاً لا يجوز بيعه .

٢٩٤٠ (فصل) وكل عوض ملك بعقد يفسخ بهلاكه قبل القبض . لم يجز التصرف فيه قبل قبضه ، كالذى ذكرنا . والأجرة ، وبدل الضاح ، إذا كانا من المسكيل ، أو الموزون ، أو المعدود ، وما لا يفسخ العقد بهلاكه جاز التصرف فيه قبل قبضه ، كموض الخلع ، والعق على مال ، وبدل الصلح عن دم العمد ، وأرض الجناية ، وقيمة المتلف لأن المطلق للتصرف الملك ، وقد وجد . لكن ما يتوهم فيه غرر لا يفسخ بهلاك المعقود عليه لم يجز بناء عقد آخر عليه ، تحرراً من الفرر ، وما لا يتوهم فيه ذلك الفرر انتفى المانع . فجاز العقد عليه . وهذا قول أبي حنيفة . والمهر كذلك ، عند القاضي . وهو قول أبي حنيفة . لأن العقد لا يفسخ بهلاكه . وقال الشافعي : لا يجوز التصرف فيه قبل قبضه . ووافقه أبو الخطاب في غير المتعين . لأنه يحشى رجوعه بانتقاض سببه بالردة قبل الدخول ، أو انفساخه بسبب من جهة المرأة ، أو نصفه بالطلاق ، أو انفساخه بسبب من غير جهتها . وكذلك قال الشافعي في عوض الخلع ، وهذا التعليل باطل بما بعد القبض . فإن قبضه لا يمنع الرجوع فيه قبل الدخول ، وأما ما ملك بإرث ، أو وصية ، أو غنيمة ، وتعين ملكه فيه فإنه يجوز له التصرف فيه بالبيع ، وغيره قبل قبضه . لأنه غير مضمون

(١) البكر الفتى القوي من الإبل ، والصعب : هو الذى لا يتقاد بسهولة ، وليس ذلولاً .

بعقد معاوضة . فهو كالبيع المقبوض . وهذا مذهب أبي حنيفة ، والشافعي . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . وإن كان لإنسان في يده غيره وديعة ، أو عارية ، أو مضاربة أو جملة وكيلاً فيه جاز له بيعه ممن هو في يده ومن غيره . لأنه عين مال مقدور على تسليمها لا يخشى انفساخ الملك فيها . فجاز بيعها كالتى في يده ، وإن كان غصباً جاز بيعه ممن هو في يده . لأنه مقبوض معه ، فأشبهه ببيع العارية ممن هو في يده . وأما بيعه لغيره : فإن كان عاجزاً عن استنقاذه ، أو ظن أنه عاجز . لم يصح شراؤه له لأنه معجز عن تسليمه إليه . فأشبهه ببيع الآبق والشارد . وإن ظن أنه قادر على استنقاذه ممن هو في يده صح البيع ، لإمكان قبضه . فإن عجز عن استنقاذه فله الخيار بين الفسخ ، والإمضاء . لأن العقد صح لكونه مظنون القدرة على قبضه . ويثبت له الفسخ للسجز عن القبض . فأشبهه ما لو باعه فرساً فشردت قبل تسليمها ، أو غائباً بالصفة ، فعجز عن تسليمه .

٣٩٤١ (فصل) وإن كان لزبد على رجل طعام من سلم ، وعليه لعمره مثل ذلك الطعام سلماً ، فقال زيد لعمره : اذهب فاقبض الطعام الذى لى من غريمى لنفسك ، ففعل لم يصح . لأنه لا يجوز أن يقبضه . وهل يصح القبض لزيد ؟ على روايتين :

إحداها : يصح . لأنه أذن له فى القبض . فأشبهه قبض وكيله .

والثانية : لا يصح . لأنه لم يحمله نائباً له فى القبض . فلم يقع له ، بخلاف الوكيل ، فعلى الوجه الأول : يصير ملكاً لزيد ، وعلى الثانى : يكون باقياً على ملك المسلم إليه ، ولو قال زيد لعمره : اخضر اكتبالى منه ، لأقبضه لك ، ففعل ، لم يصح ، وهل يكون قابضاً لنفسه ؟ على وجهين :

أولها : أنه يكون قابضاً لنفسه . لأن قبض المسلم فيه قد وجد من مستحقه ، فصح القبض له ، كما لو نوى القبض لنفسه ، فعلى هذا إذا قبضه لعمره صح ، وإن قال : خذ بهذا السكيل الذى قد شاهدته ، فأخذه به صح ، لأنه قد شاهد كيله ، وعلمه ، فلا معنى لاعتبار كيله مرة ثانية ، وعنه لا يجزى . وهو مذهب الشافعي . لأن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الطعام حتى يجزى فيه الصاعان » وهذا داخل فيه ، ولأنه قبضه بغير كيل ، أشبه ما لو قبضه جزأفاً ، ولو قال زيد لعمره : اخضرنا حتى أكتاله لنفسى ، ثم تكتاله أنت ، وقملاً ، صح بغير إشكال ، وإن اكتاله زيد لنفسه ، ثم أخذه عمرو بذلك السكيل الذى شاهده ، فعلى روايتين ، وإن تركه زيد فى السكيل ، ودفعه إلى عمرو ليقرغه لنفسه ، صح ، وكان ذلك قبضاً صحيحاً ، لأن استدامة السكيل بمنزلة ابتدائه ، ولا معنى لابتداء السكيل ههنا ، إذ لا يحصل به زيادة علم ، وقال أصحاب الشافعي : لا يصح ، نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجزى فيه الصاعان ، وهذا يمكن القول بموجبه ، وقبض المشتري له فى السكيل جزى لصاعته فيه ، ولو دفع زيد إلى عمرو دراهم ، فقال : اشتر لك بها مثل الطعام الذى لك على ، ففعل ، لم

يصح ، لأنّ دراهم زيد لا يكون عوضاً لعمرٍ ، فإن اشترى الطعام بعينها ، أو في ذمّته ، فهو كتصرف الفضوليّ على ما تبين ، وإن قال : اشترى بها طعاماً ، ثم أقبضه لنفسك ففعل ، صحّ الشراء ، ولم يصحّ القبض لنفسه على ما تقدّم في مثل هذه الصورة ، وإن قال : أقبضه لنفسك ، ففعل جاز ، نصّ أحمدٌ على نظير ذلك ، وهكذا جميع المسائل التي تقدّمت ، إذا حصل الطعام في يد عمر لزيد ، فأذن له أن يقبض من نفسه ، وقال أصحاب الشافعيّ : لا يصحّ ، لأنه لا يجوز أن يكون قابضاً لنفسه من نفسه .

ولنا : أنه يجوز أن يشتري لنفسه من مال ولده ، ويقبض لنفسه من نفسه ، وكذلك لو وهب لولده الصغير شيئاً جاز أن يقبل له من نفسه ، ويقبض منها ، فكذا ههنا .

٢٩٤٢ (فصل) وإن اشترى اثنان طعاماً فقبضاه ، ثم باع أحدهما الآخر نصيبه قبل أن يقسماه احتمل أن لا يجوز ذلك . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، كرها أن يبيع الرجل من شريكه شيئاً تماماً ، أو يوزن قبل أن يقسماه . لأنه لم يقبض نصيبه منفرداً . فأشبهه غير المقبوض . ويحتمل الجواز . لأنه مقبوض لهما يجوز بيعه لأجنبيّ . فجاز بيعه لشريكه ، كسائر الأموال ، فإن تقاسماه ، وتفرقا ، ثم باع أحدهما نصيبه بذلك السكيل الذي كاله لم يجز ، كما لو اشترى من رجل طعاماً ؛ فاكثاله ، وتفرقا ، ثم باعه لإياه بذلك السكيل ، وإن لم يتفرقا خرج على الروایتين اللتين تقدّمتا .

٢٩٤٣ « مسألة » قال في الشركة فيه والتولية والحوالة كالبيع

وجملته : أن ما يحتاج إلى القبض لا تجوز الشركة فيه ، ولا توليته ، ولا الحوالة به قبل قبضه . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعيّ . وقال مالك : يجوز هذا كله في الطعام قبل قبضه لأنها تختصّ بمثل الثمن لأوّل . فجازت قبل القبض كالإقالة .

ولنا : أن هذه أنواع بيع ، فتدخل في عموم النهي عن بيع الطعام قبل أن يستوفيه . فإن الشركة بيع بعض المبيع بقسطه من ثمنه ، والتولية بيع جميعه بمثل ثمنه . ولأنه تمليك لغير من هو في ذمّته . فأشبهه البيع . وفارق الإقالة . فإنها فسخ للبيع . فأشبهت الرد بالعيب . وكذلك لا تصحّ هبته ، ولا رهنه ، ولا دفعه أجره ، ولا ما أشبه ذلك من التصرفات المفتقرة إلى القبض . لأنه غير مقبوض . فلا سبيل إلى إقباضه .

٢٩٤٤ (فصل) وأما التولية ، والشركة فيما يجوز بيعه فجازان . لأنهما نوعان من أنواع البيع . وإنما اختصّا بأسماء ، كما اختصّ بيع المراجعة ، والمواضعة بأسماء . فإذا اشترى شيئاً فقال له رجل : أشركني في نصفه بنصف الثمن . فقال : أشركتك ، صحّ ، وصار مشتركا بينهما . وإن قال : ولّني ما اشتريته بالثمن ، فقال : وليتك ، صحّ إذا كان الثمن معلوماً لهما . فإن جهله أحدهما لم يصحّ ، كما لو باعه بالرقم . (م ١٢ - المفتي - رابع)

ولو قال : أشركني فيه ، أو قال : الشراكة فيه فقال : أشركتكَ ، أو قال : ولّني ما اشتريت . ولم يذكر الثمن . صحّ إذا كان الثمن معلوماً . لأنّ الشراكة تقتضي ابتياعَ جزءٍ منه بقسطه من الثمن . والتوليةُ ابتياعُهُ بمثل الثمن . فإذا أطلق اسمه انصرف إليه ، كما لو قال : أقتلني . فقال : أقتلتكَ . وفي حديثٍ عن زُهرةَ ابن مَعْبُدٍ « أَنَّهُ كَانَ يَخْرُجُ بِهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ هِشَامٍ إِلَى الشُّوقِ فَيَشْتَرِي الطَّعَامَ ، فَيَقْلَقَاهُ ابْنُ عُمَرَ الزَّيْبَرِيُّ فَيَقُولَانِ لَهُ : أَشْرِكْنَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دَعَا لَكَ بِالْبَرَكَةِ . فَيُشْرِكُهُمْ قَرِيبًا أَصَابَ الرَّاحِلَةَ ، كَمَا هِيَ ، فَيَبِيعُ بِهَا إِلَى الْمَنْزِلِ » ذكره البخاري ، ولو اشترى شيئاً ، فقال له رجل : أشركني ، فأشركه ، انصرف إلى نصفه . لأنّها بإطلاقها تقتضي النسوية . فإن اشترى اثنان عبداً فاشتركا فيه ، فقال لهما رجل : أشركاني فيه فقلا : أشركناكَ . احتمل أن يكون له النصف . لأن إشرأكما لو كان من كلّ واحد منهما مُنفرداً كَانَ لَهُ النصف . فكذلك حال الاجتماع . ويحتمل أن يكون له الثلث . لأن الاشتراك يُفيد التساوي . ولا يحصل التساوي إلا بعمله بينهم أثلاثاً . وهذا أصحّ . لأن إشرأك الواحد إنما يقتضي النصف ، لحصول النسوية به . وإن أشركه كلّ واحد منهما مُنفرداً كَانَ لَهُ النصف . ولكل واحد منهما الربع . وإن قال : أشركاني فيه فأشركه أحدهما . فعلى الوجه الأول : يكون له نصف حصّة الذي أشركه ، وهو الربع . وعلى الآخر له السدس^(١) . لأن طلب الشراكة منهما يقتضي طلب ثلث^(٢) مافي يد كلّ واحدٍ منهما ، ليكون مساوياً لهما ، فإذا أجابه أحدهما ثبت له الملك فيما طلب منه . وإن قال له أحدهما : أشركناكَ انبني على تصرف الفضولي . فإن قلنا : يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه ، فهل يثبت له الملك في نصفه أو في ثلثه : على الوجهين ، ولو قال لأحدهما : أشركني في نصف هذا العبد فأشركه . فإن قلنا : يقف على الإجازة من صاحبه فأجازه . فله نصف العبد ولها نصفه ، وإلا فله نصف حصّة الذي أشركه : وإن اشترى عبداً فلقبه رجل فقال : أشركني في هذا العبد ، فقال : قد أشركتكَ ، فله نصفه ، فإن لقبه آخر فقال : أشركني في هذا العبد . وكان عالماً بشركة الأول . فله ربع العبد ، وهو نصف حصّة الذي أشركه . لأن طلبه للاشتراك رجع إلى ما ملكه المشارك . وهو النصف فيكون بينهما . وإن لم يعلم بشركة الأول . فهو طالب لنصف العبد لاعتقاده أن العبد كلّهُ لهذا الذي طلب منه المشاركة . فإذا قال له : أشركتكَ فيه احتمل ثلاثة أوجه :

(١) مقتضى المسألة أن يكون له الربع ، لأن أحدهما أشركه ، وله نصف الشيء ، ونصف النصف ربع ، فيكون للذي لم يشركه النصف وله الربع ولمن أشركه الربع .

(٢) طلب الشراكة منهما يقتضي قسمة الشيء ثلاثة أثلاث فإذا امتنع أحدهما عن إشراكه ، فيكون الذي أصابه موافقاً على إشراكه في نصيبه ، وإذا أطلقت الشراكة تنصرف إلى النصف ، فيكون شريكاً في نصف الذي أشركه بالنصف ، فيكون له الربع .

أحدهما : أن يصير له نصف العبد كله ، ولا يبقى للذي أشركه شيء ، لأنه طلب منه نصف العبد . فأجابه إلى ذلك . فصار كأنه قال : يعنى نصف هذا العبد ، فقال : بعتك ، وهذا قول القاضى .

الثانى : أن ينصرف قوله شريكك فيه إلى نصف نصيبه ، ونصف نصيب شريكه . فينفذ فى نصف نصيبه ، ويقف فى الزائد على إجازة صاحبه على إحدى الروايتين . لأن لفظ الشركة يقتضى بيع بعض نصيبه ، ومساواة المشتري له . فلو باع جميع نصيبه لم يكن شركة ، ولا يستحق فيه ما طلب منه .

والثالث : أن لا يكون للثانى إلا الربع بكل حال . لأن الشركة إنما تثبت بقول البائع : شريكك . لأن ذلك هو الإيجاب الناقل للملك ، وهو عالم أنه ليس له إلا نصف العبد ، فينصرف إيجابه إلى نصف ملكه . وعلى هذين الوجهين : لطالب الشركة الخيار . لأنه إنما طلب النصف ، فلم يحصل له جميعه ، إلا أن نقول : بوقوفه على الإجازة فى الوجه الثانى . فيجيزه الآخر ، ويحتمل أن لا تصح الشركة أصلا ، لأنه طلب شراء النصف . فأجيب فى الربع . فصار بمنزلة ما لو قال : يعنى نصف هذا العبد ، قال : بعتك رُبْعَه .

٢٩٤٥ (فصل) ولو اشترى قفيزاً من الطعام ، فقبض نصفه ، فقال له رجل : يعنى نصف هذا القفيز ، فباعه ، انصرف إلى النصف المقبوض كله . لأن البيع ينصرف إلى ما يجوز له بيعه ، وهو النصف المقبوض . وإن قال : أشركنى فى هذا القفيز بنصف الثمن ، ففعل ، لم تصح الشركة إلا فيما قبض منه . فيكون النصف المقبوض بينهما ، لكل واحد منهما رُبْعَه بقسطه من الثمن . لأن الشركة تقتضى التسوية ، هكذا ذكره القاضى : والصحيح أن شاء الله تعالى : أنه تنصرف الشركة إلى النصف كله . فيكون تابعا لما يصح بيعه ، وما لا يصح . فيكون ذلك من صور تفريق الصفقة . فلا يصح فى الربع الذى ليس بمقبوض ، وهل يصح فى المقبوض ؟ على وجهين .

٢٩٤٦ (فصل) فأما الحوالة فمعناه أن يكون على مشتري الطعام طعام من سلم أو من قرض ، مثل الذى اشتراه ، فيقول لغريمه : اذهب ، فاقبض الطعام الذى اشتريته لنفسك ، فلا يجوز ذلك . لأنه لا يجوز أن يقبضه قبل قبضه له ، وقد ذكرنا تفريع هذا فى الفصل الذى قبل هذه المسألة .

٢٩٤٧ (فصل) إذا كان لرجل فى ذمة آخر طعام من قرض ، لم يجوز أن يبيعه من غيره قبل قبضه . لأنه غير قادر على تسليمه . ويجوز بيعه ممن هو فى ذمته فى الصحيح من المذهب . لحديث ابن عمر « كُنَّا نَبِيعُ الْأُبْرَةَ بِالْبَقِيعِ بِالذَّرَاهِمِ فَتَأْخُذُ مَسْكَنَهَا الدَّانِيَرُ » وهذا مذهب الأصمى . وروى أنه لا يصح ، كما لا يصح فى السلم . والأول أولى ، فإن اشتراه منه بموصوف فى الذمة من غير جنسه جاز . ولا يتفرقان^(١) قبل القبض . لأنه يكون بيع دين بدين . فإن أعطاه مميّناً مما يشترط فيه التقابض ، مثل

(١) فى الأصل ولا يتفرقا ، بدون نون وقد زدنا النون لأن القواعد النحوية تقتضيها ، ولا موجب لحذفها .

أن أعطاه بدل الخنطة شعيراً جاز . ولم يحز التفرق قبل القبض . وإن أعطاه معيّناً لا يشترط فيه التقابض جاز التفرق قبل القبض ، كما لو قال : بعثك هذا الشعير بمائة درهم في ذمتك . ويحتمل أن لا يجوز . لأن المبيع في الذمة ، فلم يحز التفرق قبل القبض كالتسليم .

٢٩٤٨ (فصل) وإذا قال رجل لغريمه : بعني هذا على أن أفضيك دينك منه ، فقبل . فالشرط باطل . لأنه شرط ألا يتصرف فيه بغير القضاء ، وهل يبطل البيع ؟ ينبغي على الشروط الفاسدة في البيع ، هل تبطله ؟ على الروايتين ، وإن قال : أفضني حتى على أن أبيعك كذا ، وكذا . فالشرط باطل ، والقضاء صحيح ، لأنه قبضه حقه ، وإن قال : أفضني أجود من مالي على أن أبيعك كذا ، وكذا . فالقضاء والشرط باطلان ، وعليه رد ما قبضه ، والمطالبة بماله .

٢٩٤٩ « مسألة » قال (وليس كذلك الإقالة . لأنها فسخ ، وعن أبي عبد الله : الإقالة بيع) اختلفت الرواية والإقالة . فعنه أنها فسخ ، وهو الصحيح . واختيار أبي بكر . وهو مذهب الشافعي . والثانية : أنها بيع . وهي مذهب مالك . لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه . فلما كان الأول بيعاً ، كذلك الثاني ، ولأنه نقل الملك بموضع على وجه التراضي . فكان بيعاً كالأول وحكي عن أبي حنيفة : أنها فسخ في حق المتعاقدين ، وبيع في حق غيرهما . فلا تثبت أحكام البيع في حقهما . بل تجوز في السلم ، وفي المبيع قبل قبضه ، وبثبت حكم البيع في حق الشفيع ، حتى يجوز له أخذ الشقص الذي تقابلا فيه بالشفعة .

ولنا : أن الإقالة هي الدفع ، والإزالة ، يقال : أقالك الله عزّرك ، أي أزالها . قال النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَقَالَ نَادِمًا بَيْعَتَهُ أَقَالَه اللهُ عَزَّوَجَلَّ يَوْمَ الْقِيَامَةِ ^(١) » قال ابن المنذر : وفي إجماعهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه ، مع إجماعهم على أن له أن يُقبِلَ المسلم جميع المسلم فيه : دليل على أن الإقالة ليست بيعاً ، ولأنها تجوز في المسلم فيه قبل قبضه . فلم تكن بيعاً ، كالإسقاط ولأنها تقتدر بالثن الأول ، ولو كانت بيعاً لم تقتدر به ، ولأنه عاد إليه المبيع بلفظ لا ينمقده به البيع . فكان فسخاً ، كالرد بالعيب . ويدل على أبي حنيفة بأن ما كان فسخاً في حق المتعاقدين كان فسخاً في حق غيرهما ، كالرد بالبيع ، والفسخ بالخيار ، ولأن حقيقة الفسخ لا تختلف بالنسبة إلى شخص ، دون شخص ، والأصل اعتبار الحقائق .

٢٩٥٠ (فصل) فإن قلنا هي فسخ جازت قبل القبض وبمده ، وقال أبو بكر : لا بد فيها من كيل ثان ، ويقوم الفسخ مقام البيع في إيجاب كيل ثان ، كقيام فسخ النكاح مقام الطلاق في المدّة . ولنا : أنه فسخ للبيع ، فجاز قبل القبض ، كالرد بالعيب ، والفسخ بالخيار ، أو اختلاف

المتبايعين ، وفارق العدة . فإنها اعتبرت للاستبراء . والحاجة داعية إليه في كل فُرقة بعد الدخول ، بخلاف مسألتنا .

فإن قلنا : هي بيع لم يجز قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض . لأن بيعه من بائعه قبل قبضه لا يجوز ، كما لا يجوز من غيره . ولا يستحق بها الشفعة إن كانت فسخاً ؛ لأنها رفع للعقد ، وإزالة له ، وليست بمأوضة . فأشبهت سائر الفسوخ . ومن حلف لا يبيع ، فأقال لم يحنث ، ولو كانت بيعاً استجقت بها الشفعة ، وحنث الحالف على ترك البيع بفعلها ، كسائر أنواع البيع ، ولا تجوز إلا بمثل الثمن سواء . قلنا : هي فسخ ، أو بيع . لأنها خصت بمثل الثمن كالتولية ، وفيه وجه آخر : أنها تجوز بأكثر من الثمن الأول ، وأقل منه ، إذا قلنا : إنها بيع كسائر البيعات . فإن قلنا : لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول فأقال بأقل منه ، أو أكثر . لم تصح الإقالة . وكان المالك باقياً للمشتري . وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة : أنها تصح بالثمن الأول . ويبطل الشرط . لأن لفظ الإقالة اقتضى مثل الثمن . والشرط ينافيه . فبطل ، وبقي الفسخ على مقتضاه ، كسائر الفسوخ .

ولنا : أنه شرط التفاضل فيما يعتبر فيه التماثل ، فبطل ، كبيع درهم بدرهمين . ولأن القصد بالإقالة رد كل حق إلى صاحبه . فإذا شرط زيادة أو نقصاناً أخرج العقد عن مقصوده ، فبطل ، كما لو باعه بشرط أن لا يسلم إليه . ويفارق سائر الفسخ . لأنه لا يعتبر فيه الرضا منها ، بل يستقل به أحدهما . فإذا شرط عليه شيء لم يلزمه ، لتمسكه من الفسخ بدونه ، وإن شرط لنفسه شيئاً لم يلزمه أيضاً . لأنه لا يستحق أكثر من الفسخ ، وفي مسألتنا لا تجوز الإقالة إلا برضاها . وإنما رضى بها أحدهما مع الزيادة أو النقص . فإذا أبطنا شرطه فأتى رضاه . فبطل الإقالة لعدم رضاه بها .

٢٩٥١ « مسألة » قال ﴿ ومن اشترى صبرة طعام لم يبعها حتى ينقلها ﴾ .

هذه المسألة تدل على حكيمين :

أحدهما : إباحة بيع الصبرة جزافاً مع جهل البائع والمشتري بقدرها . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . ولا نعلم فيه خلافاً . وقد نص عليه أحمد . ودل عليه قول ابن عمر « كننا نشتري الطعام من الرُّكبان جزافاً . فنهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نبيعه حتى ننقله من مكانه » متفق عليه ، ولأنه معلوم بالرؤية فصح بيعه كالثياب ، والحيوان ، ولا يضر عدم مشاهدة باطن الصبرة . فإن ذلك يشق ، لكون الحب بعضه على بعض ، ولا يمكن بسطها حبة حبة . ولأن الحب تنساوى أجزاؤه في الظاهر ، فاكتمت برؤية ظاهره ، بخلاف الثوب . فإن نشره لا يشق ، ولم تختلف أجزاؤه ، ولا يحتاج إلى معرفة قدرها مع المشاهدة . لأنه علم ما اشترى بأبلغ الطرق ، وهو الرؤية . وكذلك لو قال : بعتك نصف هذه

الصبرة ، أو ثلثها ، أو جزءاً منها معلوماً جاز . لأن ما جاز بيعُ جملة جاز بيعُ بعضه ، كالحیوان ، ولأن جملة ما معلومةٌ بالمشاهدة ، فكذلك جزؤها . قال ابن عقيل : ولا يصح هذا إلا أن تكون الصبرة متساوية الأجزاء . فإن كانت مختلفةً ، مثل صبرة بقال القرية لم يصح . ويحتمل أن يصح . لأنه يشتري منها جزءاً مشاعاً ، فيستحق من جيدها وردئها بقسطه . ولا فرق بين الأثمان ، والتمنات في صحة بيعها جزافاً ، وقال مالك : لا يجوز في الأثمان . لأن لها خطراً ، ولا يشق وزنها ، ولا عددها . فأشبهه الرقيق ، والنياب .

ولنا : أنه معلوم بالمشاهدة . فأشبهه التمنات ، والفقرة^(١) والحلى . ويبطل بذلك ما قاله . وأما الرقيق فإنه يجوز بيعهم إذا شاهدهم ، ولم يعدّم . وكذلك النياب إذا نشرها ، ورأى جميع أجزائها . الحكم الثانى : أنه إذا اشترى الصبرة جزافاً لم يجز له بيعها حتى ينقلها . نص عليه أحمد فى رواية الأثرم . وعنه رواية أخرى : له بيعها قبل نقلها . اختارها القاضى . وهو مذهب مالك . لأنه مبيع متعين ، لا يحتاج إلى حق توفية . فأشبهه الثوب الحاضر .

ولنا : قول ابن عمر « إن^(٢) كُنّا لَنَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا . فَهَإِنَّا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ نَدِيْعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ » وعموم قوله عليه السلام « مَنْ أَبْتَاعَ طَعَامًا فَلَا يَبِيْعُهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ » مع ما ذكرنا من الأخبار ، وروى الأثرم بإسناده عن عبيد بن حنن قال « قَدِمَ زَيْتٌ مِنَ الشَّامِ فَأَشْتَرَيْتُ مِنْهُ أَيْعُرَةً ، وَفَرَعْتُ مِنْ شِرَائِهَا . فَقَامَ إِلَى رَجُلٍ فَأَرَبَنِي فِيهَا رُبْحًا . فَبَسَطْتُ يَدِي لِأَبَايَعِهِ . فَإِذَا رَجُلٌ بِأَخْذِي مِنْ خَلْفِي . فَانْظَرْتُ فَإِذَا زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، فَقَالَ : لَا تَدِيْعُهُ حَتَّى تَنْقُلَهُ إِلَى رَحْلِكَ . فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَرَنَا بِذَلِكَ » فإذا تقرر هذا فإن قبضها نقلها ، كما جاء فى الخبر . ولأن القبض لو لم يعين فى الشرع لوجب رده إلى العرف ، كما قلنا فى الإحياء ، والإحراز ، والعادة فى قبض الصبرة النقل .

٢٩٥٢ (فصل) ولا يحل لبائع الصبرة أن يفسها بأن يجعلها على دكة ، أو زبوة ، أو حجر ينقصها أو يجعل الردى فى باطنها ، أو المبلول ، ونحو ذلك . لما روى أبو هريرة « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَرَّ عَلَى صُبْرَةٍ مِنْ طَعَامٍ ، فَأَدْخَلَ يَدَهُ ، فَقَالَتْ أَصَابِعُهُ بِلَلًا . فَقَالَ : يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ ، مَا هَذَا ؟ قَالَ : أَصَابَتْهُ السَّمَاءُ بِرَسُولِ اللَّهِ . قَالَ : أَفَلَا جَعَلْتَهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ ؟ ثُمَّ قَالَ : مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح . فإذا وجد ذلك ولم يكن

(١) النقرة : بضم النون وسكون القاف ، القطعة المذابة من الذهب والفضة .

(٢) هكذا فى الأصل والروايات التى وردت لهذا الحديث بدون (إن) ولعل هذه رواية أخرى .

المشتري علم به فله الخيار بين الفسخ وأخذ تفاوت ما بينهما ، لأنه عيبٌ . وإن بان تحتها حُقُورَةٌ ، أو بان باطنها خيراً من ظاهرها ، فلا خيار للمشتري . لأنه زيادةٌ له . وإن علم البائع ذلك فلا خيار له . لأنه دخل على بصيرةٍ به . وإن لم يكن علم فله الفسخُ ، كما لو باع بعشرين درهما فوزنها بصنْجَةٍ ، ثم وجد الصنْجَةَ زائدةً كان له الرجوعُ . وكذلك لو باع بمكيال ثم وجده زائداً . ويحتمل أنه لا خيار له . لأن الظاهر أنه باع ما يعلم . فلا يثبت له الفسخ بالاحتمال .

٢٩٥٣ « مسألة » قال ﴿ ومن عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة ﴾

نصّ أحمد على هذا في مواضع . وكرهه عطاء ، وابن سيرين ، ومجهد ، وعكرمة ، وبه قال مالك ، وإسحاق . وروى ذلك عن طاوس . قال مالك : لم يزل أهلُ العلم يَنْهَوْنَ عن ذلك ، وعن أحمد : أن هذا مكروه غيرُ محرم ، فإن بسكر بن محمد روى عن أبيه : أنه سأله عن الرجل يبيعُ الطعامَ جزأفاً ، وقد عرف كيِّله . وقلت له : إن مالكا يقول : إذا باع الطعام ولم يعلم المشتري . فإن أحب أن يردّ رده . قال : هذا تغليظ شديد ، ولكن لا يُعجبني إذا عرف كيِّله إلا أن يُخبره . فإن باعه فهو جائز عليه . وقد أساء ، ولم ير أبو حنيفة ، والشافعيّ بذلك بأساً ، لأنه إذا جاز البيع مع جهلها بمقداره ، فمع العلم من أحدهما أولى . ووجه الأول : ما روى الأوزاعيّ : أن النبيّ صَلَّى الله عليه وسلم قال « مَنْ عَرَفَ مَبْلَغَ شَيْءٍ فَلَا يَبِيعُهُ جَزَافًا حَتَّى يُبَيِّنَهُ » قال القاضي : وقد روى عن النبيّ صَلَّى الله عليه وسلم « أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ مَجَازِفَةً ، وَهُوَ يَعْلَمُ كَيْلَهُ » والنهي يقتضي التحريم . وأيضاً الإجماع الذي نقله مالك . ولأن الظاهر . أن البائع لا يعدل إلى البيع جزأفاً مع علمه بقدر الكيل إلا للتفريط بالمشتري ، والغش له . ولذلك أثير في عدم لزوم العقد ، وقد قال عليه السلام « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » فصار كما لو دّس العيب ، فإن باع ما علم كيِّله صبرةً ، فظاهرُ كلام أحمد في رواية محمد بن الحَكَم أن البيع صحيحٌ لازم ، وهو قول مالك ، والشافعيّ ، لأن المبيع معلوم لهما ، ولا تفريط من أحدهما ، فأشبه ما لو علما كيِّله ، أو جهلاه ، ولم يثبت ما روى من النهي فيه . وإنما كرهه أحدُ كراهة تنزيهه ، لاختلاف العلماء فيه . ولأن استواءهما في العلم والجهل أبعدُ من التفريط ، وقال القاضي وأصحابه : هذا بمنزلة التدليس ، والغش إن علم به المشتري . فلا خيار له . لأنه دخل على بصيرة ، فهو كما لو اشترى مُصَرَّةً^(١) يعلمُ تصرّيفها ، وإن لم يعلم أن البائع كان عالماً بذلك فله الخيارُ في الفسخ ، والإمضاء . وهذا قول مالك . لأنه غش ، وغدرٌ من البائع . فصح

(١) المصرة : أنى الأنعام التي يترك لبنيها في ثديها ولا تحلب مسدة حتى يتلى ثديها باللبن فيراها المشتري فيعتقد أنها كثرة اللبن من غير تصرية ولا غش ، إذا لم يعلم المشتري به ، فإذا علم به فلا غش لأنه دخل على بصيرة .

العقدُ معه . وبُيِّنَ للمشتري الخيارُ . وذهب قوم من أصحابنا إلى أن البيع فاسد . لأنه منهي عنه . والنهي يقتضى الفساد .

٣٩٥٤ (فصل) وإن أخبره البائع بكيله ، ثم باعه بذلك الكيل ، فالبيع صحيح ، فإن قبضه باكتياله ، تم البيع والقبض . وإن قبضه بغير كيل ، كان بمنزلة قبضه جزافاً . فإن كان المبيع باقياً كاله عليه . فإن كان قدر حقه الذى أخبره به فقد استوفاه . وإن كان زائداً ردَّ الفضل . وإن كان ناقصاً أخذ النقص . وإن كان قد تلف ، فالقول قول القابض فى قدره مع يمينه ، سواء كان النقص قليلاً أو كثيراً . لأن الأصل عدم القبض ، وبقاء الحق . وليس للمشتري التصرف فى الجميع قبل كيله . لأن للبائع فيه عُلَّةٌ . فإنه لو زاد كانت الزيادة له ، ولا يتصرف فى أقل من حقه ، بغير كيل . لأن ذلك يندم من معرفة كيله . وإن تصرف فيما يتحقق أنه مستحق له ، مثل أن يكون حقه قفيزاً ، فتصرف فى ذلك ، أو فى أقل منه بالكيل ، ففيه وجهان :

أحدهما : له ذلك . لأنه تصرف فى حقه بعد قبضه . فجاز ، كما لو كيل له .

والثانى : لا يجوز . لأنه لا يجوز له التصرف فى الجميع . فلم يجز له التصرف فى البعض ، كما قبل القبض . وإن قبضه بالوزن فهو كما لو قبضه جزافاً . فأما إن أعلمه بكيله ، ثم باعه إياه مجازفةً على أنه له بذلك الثمن ، سواء كان زائداً ، أو ناقصاً لم يجز . لما روى الأثرم بإسناده عن الحكم قال « قَدِمَ طَعَامٌ لِعُمَمانَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : اذْهَبُوا بِهَا إِلَى عُمَمانَ نَعِينَهُ عَلَى طَعَامِهِ . فَقَامَ إِلَى جَنْبِهِ . فَقَالَ عُمَانُ : فى هذه الْفِرَارَةِ كَذَا ، وَكَذَا ، وَابْتَعْتَهَا بِكَذَا ، وَكَذَا . » فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : إِذَا سَمِيتَ الْكَيْلَ فَكَيْلٌ » قال أحد : إذا أخبره البائع أن فى كل قارورة مائة^(١) ، فأخذ بذلك ، ولا يكتاله فلا يُعْجَبُ . لقوله لعُمان « إِذَا سَمِيتَ الْكَيْلَ فَكَيْلٌ » قيل : له لهم يقولون : إذا فُتِحَ فسد . قال : فلم لا تفتحون واحداً وتزنون الباقي ؟

٣٩٥٥ (فصل) ولو كمال طعاماً وآخر ينظرُ إليه ، فهل لمن شاهد الكيل شراؤه بغير كيل

ثانٍ ؟ على روايتين ، نصَّ عليهما .

إحداهما : لا يحتاج إلى كيل ، لأنه شاهد كيله ، فأشبه ما لو كيل له .

والثانية : يحتاج إلى كيل ، لأنه بيع . فاحتاج إلى كيل ، للأخبار ، والقياس على البيع الأول ، ولو كاله البائع للمشتري ، ثم اشتراه منه ، فكذلك . لما ذكرنا فى التى قبلها . ولو اشترى اثنان طعاماً

(١) النسا : مكيال معروف عند العرب ، ومن أمثلهم (السمن منوات بدرهم) وهذا يدل على أنه

مكيال صغير .

فاكتتلاه ، ثم ابتاع أحدهما حصّة شريكه قبل تفرّقهما ، فقال أحد في رواية حرب : إذا اشتريا غلّة ، أو نحوها ، وحضراها جميعاً ، وعرفا كيلها ، فقال أحدهما لشريكه : يعنى نصيبك ، وأزيتك ، فهو جائز ، وإن لم يحضر هذا المشتري الكيل ، فلا يجوز إلا بكيل ، قال ابن أبي موسى : وفيه رواية أخرى : لا بدّ من كيله . ووجها ما تقدم . قال القاضي : ومعنى الكيل في هذه المسائل . أنه يرجع في قدره إلى قول القابض . إذا كان النقص يسيراً بقع مثله في الكيل ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لا يقع مثله في الكيل ، لم يقل قوله . لأننا نتحقق كذبه . بخلاف مسائل الفصل الذي قبله . لأنه لم يكمل بحضرته . والظاهر : أنه أراد بالكيل حقيقة دون ما ذكره القاضي . وفائدة اعتبار الكيل ، ما ذكره القاضي . وأنه لا يجوز المشتري التصرف فيه إلا ما ذكرنا في الفصل الذي قبله . وإن باعه للثاني في هذه المواضع على أنه صبرة جاز . ولم يفتقر إلى كيل ثانٍ . والقبض فيه بنقله كسائر الصبائر .

٢٩٥٦ (فصل) قال أحد ، في رجل يشتري الجوز فيمُدّ في مِكْتَل ألف جوزة ، ثم يأخذ الجوز كله على ذلك المقيار . قال : لا يجوز ، وقال في رجل ابتاع أعكاماً كيلاً وقال للبائع : كل لي عُكَّاتِهَا^(١) واحداً واحداً ، وما بقي على هذا الكيل : أكره هذا ، حتى يكيلها ، كلها ، وقال الثوري : كان أصحابنا يكرهون هذا . وذلك لأن ما في المُكُوم يختلف : فيكون في بعضها أكثر من بعض . فلا يُعلم ما في بعضها بكيل البعض . والجوز يختلف عدده ، فيكون في أحد المِكتَلَيْنِ أكثر من الآخر . فلا يصحّ تقديره بالكيل ، كما لا يصحّ تقدير المكيل بالوزن ، ولا الموزون بالكيل .

٢٩٥٧ «مسألة» قال (وإذا اشترى صبرة على أن كل مكيل مني بشيء معلوم جاز) . وجملة ذلك : أنه إذا قال : بعتك هذه الصبرة كل قفيز منها بدرهم صح . وإن لم يعلم مقدار ذلك حال العقد . وبهذا قال مالك ، والشافعي وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يصح في قفيز واحد ويبطل فيما سواه ، لأن جملة الثمن مجهولة . فلم يصح ، كبيع المتاع برقده^(٢) .

ولنا : أن المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثمن معلوم لإشارته إلى ما يعرف مبلغه ، بجهة لا تتعلق بالمتعاقدين وهو أن نُسكال الصبرة وبقيس الثمن على قدر قفزاتها . فيعلم مبلغه فجار ، كما لو باع مارأس ماله اثنتان وسبعمون مائة لِسَكْلٍ ثلاثة عشر درهماً درهم . فإنه لا يعلم في الحال ، وإنما يعلم بالحساب ، كذا ههنا . ولأن المبيع معلوم بالمشاهدة ، والثمن معلوم قدر ما يقابل كل جزء من المبيع ، فصح ، كالأصل

(١) العُكَّان ، والأعكام جمع عكم بكسر العين وسكون الكاف ، وهو الطعام ونحوه الموضوع في ثوب مشدود ، أو في جوال أو نحوه .

(٢) برقه : أي بالرقم المكتوب عليه كيلاً أو وزناً .

المذكور ، وقد روى عن علي رضي الله عنه عنه « أنه أجر نفسه كل دلو بعمرة ، وجاء النبي صلى الله عليه وسلم بالتمر » .

٢٩٥٨ (فصل) ولو قال : بعثك من هذه الصبرة قفيزاً أو قال : عشرة أفقرة ، وهما . يعلمان أنها أكثر من ذلك صح ، وحكى عن داود : أنه لا يصح ، لأنه غير مُشاهد ولا موصوف .
ولنا : أن المبيع مقدر معلوم من جملة يصح بيعها ، أشبه إذا باع نصفها . وما ذكره قياس ، وهو لا يحتاج بالقياس ثم لا يصح . فإنه إذا شاهد الجملة فقد شاهد المبيع ، لأنه بعضها .

٢٩٥٩ (فصل) وإن قال بعثك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم لم يصح . لأن « من » للتبويض . « وكل » للعدد ، فيكون ذلك العدد منها مجهولاً ، ويحتمل إن يصح البيع ، كما يصح في الإجارة كل دلو بعمرة ، وكل شهر بدرهم . وإن قال : بعثك هذه الصبرة الأخرى بعشرة دراهم ، على أن أزيدك قفيزاً ، أو أنقصك قفيزاً لم يصح . لأنه لا يدري : أيزيده ، أم ينقصه ، ولو قال : على أن أزيدك قفيزاً لم يجز . لأن القفيز مجهول . ولو قال : أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الأخرى ، أو وصفه بصفة يعلمها صح . لأن معناه : بعثك هذه وقفيزاً من هذه الأخرى بعشرة دراهم . وإن قال : على أن أنقصك قفيزاً لم يصح . لأن معناه : بعثك هذه الصبرة إلا قفيزاً كل قفيز بدرهم ، وشئ مجهول . لو قال : بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة الأخرى لم يصح . لإفضائه إلى جهالة الثمن في التفصيل . لأنه يصير قفيزاً ، وشئاً بدرهم ، والشئ لا يعرفانه ، لعدم معرفتهما بكمية ما في الصبرة من الأفقران . ولو قصد : أني أخطئ ثمن قفيز من الصبرة لا احتسب به لم يصح ، للجهالة التي ذكرناها . وإن كانت الصبرة معلوماً قدر قفزاتها لها ، أو قال : هذه عشرة أفقرة بعثكها كل قفيز بدرهم ، على أن أزيدك قفيزاً من هذه الصبرة ، أو وصفه بصفة يعلمها صح . لأن معناه بعثك كل قفيز وعشر قفيز بدرهم . وإن لم يعلم القفيز أو جعله هبة لم يصح ، وإن أراد أني لا أحسب عليك ثمن قفيز منها ، صح أيضاً . لأنها ، لما علما جملة الصبرة علماً ما ينقص من الثمن . ولو قال : على أن أنقصك قفيزاً ، صح . لأن معناه بعثك تسعة أفقرة بعشرة دراهم وكل قفيز بدرهم ، وتسع . وحكى عن أبي بكر ، أنه يصح في جميع المسائل ، على قياس قول أحد ، لأنه يجيز الشرط الواحد . ولا يصح هذا . لأن المبيع مجهول فلا يصح بيعه ، بخلاف الشرط الذي يُفرض إلى جهالة .

٢٩٦٠ (فصل) ولو باع مالا تنساوى أجزاؤه . كالأرض ، والثوب ، والقطيع من الغنم ، فقيه نحوه من مسائل الصبر : وإن قال : بعثك هذه الأرض ، أو هذه الدار ، أو هذا الثوب ، أو هذا القطيع بألف ، صح إذا كان مُشاهداً ، أو قال . بعثك نصفه ، أو ثلثه ، أو ربه ، بكذا صح أيضاً ، فإن قال :

بِعْتِكَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدَرَمٍ ، أَوْ كُلَّ شَاةٍ بِدَرَمٍ ، صَحَّ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ قَدْرَ ذَلِكَ حَالَ الْعَقْدِ ، لَمَّا ذَكَرْنَا فِي الصُّبْرَةِ ، وَإِنْ قَالَ : بِعْتِكَ مِنَ الثَّوْبِ كُلَّ ذِرَاعٍ بِدَرَمٍ ، أَوْ مِنَ الْقَطِيعِ كُلَّ شَاةٍ بِدَرَمٍ ، لَمْ يَصَحَّ . لَأَنَّهُ مَجْهُولٌ : وَإِنْ بَاعَهُ شَاةً مِنَ الْقَطِيعِ لَمْ يَصَحَّ ، لِأَنَّ شِْيَاءَ الْقَطِيعِ غَيْرُ مَسَاوِيَةِ الْقِيَمِ ، فَيُفْضَى ذَلِكَ إِلَى التَّنَازُعِ ، بِخِلَافِ الْقَفِيزِ مِنَ الصُّبْرَةِ . فَإِنَّهُ يَصَحُّ . لِأَنَّ أَجْزَاءَهَا مَسَاوِيَةٌ . وَإِنْ بَاعَهُ ذِرَاعًا مِنَ الدَّارِ ، أَوْ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْهَا ، يَرِيدَانِ بِذَلِكَ قَدْرًا غَيْرَ مُشَاعٍ لَمْ يَصَحَّ ، كَذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ مُشَاعًا مِنْهَا ، وَهِيَ يَعْلَمَانِ عَدَدَ ذُرْعَانِهَا صَحَّ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصَحُّ . لِأَنَّ الذِّرَاعَ عِبَارَةٌ عَنْ بُقْعَةٍ بَعْضُهَا ، وَمَوْضِعُهُ مَجْهُولٌ .

وَأَمَّا : أَنْ عَشْرَةَ مِنْ مَائَةٍ عَشْرُهَا . وَلَوْ قَالَ : بِعْتِكَ عَشْرَهَا صَحَّ ، فَكَذَلِكَ ، إِذَا قَالَ : بِعْتِكَ عَشْرَةَ مِنْ مَائَةٍ . وَمَا ذَكَرُوهُ غَيْرَ مُسَلَّمٍ ، بَلْ هُوَ عِبَارَةٌ عَنْ قَدْرٍ ، كَمَا أَنَّ الْمَكْيَالَ عِبَارَةٌ عَنْ قَدْرٍ . فَإِذَا أَضَافَهُ إِلَى جُمْلَةٍ كَانَ ذَلِكَ جُزْءًا مِنْهَا . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى أَنَّهُمَا أَرَادَا قَدْرًا مِنْهَا غَيْرَ مُشَاعٍ لَمْ يَصَحَّ الْبَيْعُ . وَإِنْ كَانَا لَا يَعْلَمَانِ ذُرْعَانَ الدَّارِ لَمْ يَصَحَّ . لِأَنَّ الْجُمْلَةَ غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، وَأَجْزَاءُ الْأَرْضِ مُخْتَلِفَةٌ . فَلَا يُمْكِنُ أَنْ تَكُونَ مُعَيَّنَةً ، وَلَا مُشَاعَةً . وَإِنْ قَالَ : بِعْتِكَ مِنَ الدَّارِ مِنْ هَهْنَا إِلَى هَهْنَا جَازٍ . لَأَنَّهُ مَعْلُومٌ ، وَإِنْ قَالَ : عَشْرَةَ أَذْرُعٍ ابْتَدَأُهَا مِنْ هَهْنَا إِلَى هَهْنَا ، إِلَى حَيْثُ يَنْتَهِي الذَّرْعُ لَمْ يَصَحَّ ، لِأَنَّ الذَّرْعَ يَخْتَلِفُ ، وَالْمَوْضِعُ الَّذِي يُنْقَضُ إِلَيْهِ لَا يَعْلَمُ حَالَ الْعَقْدِ . وَلَوْ قَالَ : بِعْتِكَ نَصِيبِي مِنْ هَذِهِ الدَّارِ ، وَلَا يَعْلَمُ قَدْرَ نَصِيبِهِ مِنْهَا ، أَوْ قَالَ : نَصِيبًا مِنْهَا ، أَوْ سَهْمًا ، لَمْ يَصَحَّ ، لَأَنَّهُ مَجْهُولٌ . وَإِنْ عَلِمَا ذَلِكَ صَحَّ ، وَإِنْ قَالَ : بِعْتِكَ نَصْفَ دَارِي مِمَّا بِي دَارَكَ لَمْ يَصَحَّ ، نَصٌّ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي إِلَى أَيْنَ يَنْتَهِي ، فَيَكُونُ مَجْهُولًا .

٢٩٦١ (فصل) وَلَوْ بَاعَهُ عَبْدًا مِنْ عِبْدَيْنِ ، أَوْ أَكْثَرَ ، لَمْ يَصَحَّ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِذَا بَاعَهُ عَبْدًا مِنْ عِبْدَيْنِ ، أَوْ مِنْ ثَلَاثَةٍ بِشَرْطِ الْخِيَارِ لَهُ ، صَحَّ لِأَنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ لَمْ يَصَحَّ . لَأَنَّهُ يَكْثُرُ الْفَرَرُ .

وَأَمَّا : أَنْ مَا تَخْتَلِفُ أَجْزَاؤُهُ . وَقِيَمَتُهُ لَا يَجُوزُ شِرَاءُ بَعْضِهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، وَلَا مُشَاعًا ، كَالْأَرْبَعَةِ . وَمَا لَا يَصَحُّ بِغَيْرِ شَرْطِ الْخِيَارِ لَا يَصَحُّ بِشَرْطِهِ . كَالْأَرْبَعَةِ . وَلَا حَاجَةَ إِلَى هَذَا فَإِنَّ الْاخْتِيَارَ يُمْكِنُ قَبْلَ الْعَقْدِ . ثُمَّ مَا قَالُوهُ يَبْطُلُ بِالْأَرْبَعَةِ .

٢٩٦٢ (فصل) وَحُكْمُ الثَّوْبِ حُكْمُ الْأَرْضِ إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : بِعْتِكَ مِنْ هَذَا الثَّوْبِ مِنْ هَذَا الْمَوْضِعِ إِلَى هَذَا الْمَوْضِعِ صَحَّ . فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَنْقُصُهُ الْقَطْعُ قِطْعَاهُ ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَنْقُصُهُ الْقَطْعُ ، وَشَرْطُ الْبَائِعِ أَنْ يَقْطَعَهُ لَهُ ، أَوْ رَضِيَ بِقِطْعِهِ هُوَ وَالْمَشْتَرِي ، جَازٍ . وَإِنْ تَشَاحَا فِي ذَلِكَ كَمَا شَرِيكَيْنِ فِيهِ ، كَمَا يَشْتَرِكَانِ

في الأرض ، وقال القاضى : لا يصح . لأنه لا يقدر على التسليم إلا بضرر . فأشبهه ما لو باعه نصفاً مُعيناً من الحيوان .

واما : أن التسليم ، ممكن ، ولحقوق الضرر لا يمنع التسليم . إذا رضيه البائع ، كما لو باعه نصفاً من الحيوان مُشاعاً . وفارق نصف الحيوان المعتبر . فإنه لا يمكنه تسليمه مفرداً ، إلا بإتلافه ، وإخراجه عن المالتية .

٢٩٦٣ (فصل) إذا قال : بعتك هذه الأرض ، أو هذا الثوب ، على أنه عشرة أذرع ، فيان أحد عشر ، ففيه روايتان .

أحدهما : البيع باطل . لأنه لا يمكن إجبار البائع على تسليم الزيادة ، وإنما باع عشرة ، ولا المشتري على أخذ البعض ، وإنما اشترى الكل ، وعليه ضرر في الشركة أيضاً .

والثانية : البيع صحيح ، والزيادة للبائع . لأن ذلك نقض على المشتري ، فلا يمنع صحة البيع . كالعيب ، ثم يختير البائع بين تسليم المبيع زائداً ، وبين تسليم العشرة : فإن رضى بتسليم الجميع فلا خيار للمشتري . لأنه زاده خيراً . وإن أبى تسليمه زائداً ، فللمشتري الخيار بين الفسخ ، والأخذ بجميع الثمن المسمى . وقسط الزائد . فإن رضى بالأخذ أخذ العشرة ، والبائع شريك له بالذراع وهل للبائع خيار الفسخ ؟ على وجهين : أحدهما : له الفسخ . لأن عليه ضرراً في المشاركة .

والثاني : لا خيار له . لأنه رضى ببيع الجميع بهذا الثمن . فإذا وصل إليه الثمن مع بقاء جزء له فيه ، كان زيادةً ، فلا يستحق بها الفسخ . ولأن هذا الضرر حصل بتفريده ، وإخباره ، بخلاف غيره . فلا ينبغي أن ينسب له على فسخ عقد المشتري ، فإن بذلها البائع للمشتري بضمن ، أو طلبها المشتري بضمن ، لم يلزم الآخر القبول ، لأنها معارضة يُعتبر فيها التراضى منهما . فلا يجبر واحد منهما عليه ، وإن تراضيا على ذلك جاز ، فإن بان تسعة ففيه روايتان :

أحدهما : يبطل البيع ، لما تقدم .

والثانية : البيع صحيح ، والمشتري بالخيار بين الفسخ والإمساك بقسمة أعشار الثمن ، وقال أصحاب الشافعى : ليس له إمساكه إلا بكل الثمن ، أو الفسخ ، بناءً على قولهم : إن المعيب ليس لمشتريه إلا الفسخ ، أو إمساكه بكل الثمن .

ولنا : أنه وجد المبيع ناقصاً في القدر ، فكان له إمساكه بقسطه من الثمن ، كالصبرة إذا اشتراها على أنها مائة . فبانت خمسين . وسبب أن المعيب له إمساكه وأخذ أرثيه . فإن أخذها بقسطها من الثمن . فللبائع الخيار بين الرضا بذلك . وبين الفسخ . لأنه إنما رضى ببيعها بهذا الثمن كله . وإذا لم يصل

إليه كان له الفسخ . فإن بذل له المشتري جميع الثمن لم يملك الفسخ ، لأنه وصل إليه الثمن الذي رضي به . فأشبه ما لو اشترى مبيعاً فرضيه بجميع الثمن .

٢٩٦٤ (فصل) وإن اشترى صبرة على أنها عشرة أفزرة ، فبانت أحد عشر ، رد الزائد ، ولا خيار له ههنا . لأنه ضرر في الزيادة . وإن بانت تسعة أخذها بقسطها من الثمن ، وقد ذكرنا فيما تقدم أنه متى سئى السكيل في الصبرة لا يكون قبضها إلا بالسكيل ، فإذا كالمها فوجدها قدر حقه أخذها . وإن كانت زائدة رد الزيادة . وإن كانت ناقصة أخذها بقسطها من الثمن ، وهل له الفسخ إذا وجدها ناقصة ؟ على وجهين :

أحدهما : له الخيار ، وهو مذهب الشافعي . لأنه وجد للبيع ناقصاً . فكان له الفسخ كغير الصبرة ، وكنقصان الصفة .

والثاني : خيار له . لأن نقصان القدر ليس بعيب في الباقي من السكيل ، بخلاف غيره .

٢٩٦٥ (فصل) إذا باع الأدهان في ظروفها بجملة ، وقد شاهدها جاز . لأن أجزاءها لا تختلف فهو كالصبرة . وكذلك الحكم في العسل ، والدبس ، والخل ، وسائر اللامعات التي لا تختلف . وإن باعه كل رطل بدرهم ، أو باعه رطلاً منها ، أو أرتالاً معلومة يعلم أن فيها أكثر منها ، أو باعه جزءاً ، مشاعاً ، أو جزءاً ، أو باعه إياه مع الظرف بعشرة دراهم ، أو بثمان معلوم جاز . وإن باعه السمن ، والظرف كل رطل بدرهم ، وهما يعلنان مبلغ كل واحد منهما ، صح . لأنه قد علم المبيع والثمن . فإن لم يعلم ذلك جاز أيضاً . لأنه قد رضى أن يشتري الظرف كل رطل بدرهم ، وما فيه كذلك ، فأشبه ما لو اشترى ظرفين في أحدهما سمن ، وفي الآخر زيت ، كل رطل بدرهم ، وقال القاضي : لا يصح ، لأن وزن الظرف يزيد ، وينقص ، فيدخل على غرر ، والأول أصح . لأن بيع كل واحد منهما منفرداً يصح لذلك . فكذلك إذا جمعهما ، كالأرض المختلفة الأجزاء ، والثياب ، وغيرها ، وأما إن باعه كل رطل بدرهم ، على أن يزن الظرف ، فيحتسب عليه بوزنه ، ولا يكون ، مبيعاً وهما يعلنان زنة كل واحد منهما ، صح . لأنه إذا علم أن الدهن عشرة ، والظرف رطلاً كان معناه : بعثك عشرة أرتالٍ بثنى عشر درهما . وإن كانا لا يعلنان زنة الظرف ، والدهن ، لم يصح . لأنه يؤدي إلى جهالة الثمن في الحال ، وسواء جهلا زنتهما جميعاً ، أو زنة أحدهما لذلك .

٢٩٦٦ (فصل) وإن وجد في ظرف السمن^(١) رُباً ، فقال ابن المنذر : قال أحمد ، وإسحاق : إن كان سماناً عنده سمن أعطاه بوزنه سماناً ، وإن لم يكن عنده سمن أعطاه بقدر الرب من الثمن ، وألزمه شريح

(١) الرب : الثفل من كل عصير ، أو مائع .

بقدر الرُّبِّ سَمَنًا ، بكلِّ حالٍ . وقال الثورى إن شاء أخذ الذى وجده ، ولا يُكَلِّفُ أن يُعطيه بقدر الرُّبِّ سَمَنًا .

ولنا : أنه وجد المبيع المسكيل ناقصًا . فأشبهه ما لو اشترى صُبْرَةً ، فوجد تحتها رُبُوبَةً^(١) ، أو اشتراها على أنها عشرة أَقْفِزَةٍ ، فبانت تسعة . وقد يَتَنَبَّأُ أنه يأخذُ الموجودَ بِقِسْطِهِ من الثمن ، كذا ههنا . فعلى هذا إنما يأخذُ الموجود من السمن بِقِسْطِهِ من الثمن ، ولا يلزَمُ البائع أن يُعطيه سَمَنًا ، سواء كان موجوداً عنده ، أو لم يكن ، فإن تراضيا على إعطائه سَمَنًا جاز ، والله أعلم .

باب المصرة ، وغير ذلك

التصرية : جمع اللبن في الضَّرْع ، يقال : صَرَّى الشاةَ ، وصَرَّى اللَّبَنَ في ضَرْعِ الشاةِ بالشديد ، والتخفيف . ويقال : صَرَّى الماء في الحوض ، وصَرَّى الطَّامَّامَ في فيه ، وصَرَّى الماء في ظهره ، إذا ترك لجاع ، أنشد أبو عُبَيْدَةَ :

رَأَيْتُ غُلَامًا قَدْ صَرَّى فِي فِقْرَتِهِ ماءَ الشَّبَابِ عُنْفَوَانًا شَرَّتِهِ^(٢)

وماء صَرَّى وصَرَّ إذا طال استنفاعه . قال البخارى : أصل التصرية حَبْسُ الماء ، يقال : صَرَبْتُ الماء ، ويقال للمصرة : الْمُحْفَلَةُ^(٣) وهو من الجمع أيضًا ، ومنه سُمِّيتُ مجامعُ الناسِ مُحَافِلَ .

والتصرية حرام إذا أراد بذلك التدليس على المشتري . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا تُصَرُّوا » وقوله « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » وروى ابن ماجه في سننه ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « بَيْعُ الْمُحْمَلَاتِ خِلَابَةٌ . وَلَا تَحِلُّ الْخِلَابَةُ »^(٤) لِمُسْلِمٍ . رواه ابن عبد البر (ولا يحل خِلَابَةُ الْمَلَم) .

٢٩٦٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى مُعَصَّرَةً وهو لا يعلم ، فهو بالخيار بين أن يقبلها ، أو يردّها ، وصاعاً من تمر ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

الأول : أن من اشترى مُعَصَّرَةً من بهيمة الأنعام لم يَعْلَمْ تَصَرُّفَها ، ثم علم . فله الخيار في الرد ، والإمساك . رُوي ذلك عن ابن مسعود ، وابن عمر ، وأبي هريرة ، وأنس ، وإليه ذهب مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعى ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، وعامة أهل العلم ، وذهب أبو حنيفة ، ومحمد إلى أنه

(١) الربوة : المكان المرتفع ، فتظهر الصبرة في رأى العين كبيرة والواقع أنها صغيرة ، وهذا غش .

(٢) الفقرة . بكسر الفاء وفتحها مع سكون القاف . ومثلها الفقارة بفتح الفاء ، إحدى عظام الظهر ،

وشرته قوته ونشاطه . (٣) المحفلة : المجوعة أى المجتمع لبنها فيها .

(٤) الخلالة : الخداع والغش .

لا خيار له . لأن ذلك ليس بعيب . بدليل أنه لو لم تكن مُصَرَّاةً فوجدها أقلّ لبيهاً من أمثالها لم يملك ردّها . والتدليس بما ليس بعيب لا يثبت الخيار . كما لو علفها ، فانتفخ بطنها ، فظنّ المشتري أنها حامل .

ولنا : ما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ ، وَالغَنَمَ ، فَمِنْ ابْتِاعَهَا بَعْدَ فَيَأْتِيهِ بَخِيرٌ النَّظَرَيْنِ بَعْدَ أَنْ يَخْتَلِبَهَا إِنْ شَاءَ أُمْسَكَهَا ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعاً مِنْ تَمْرٍ » متفق عليه ، وروى ابن عمر ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « مَنْ ابْتِاعَ مُحَقَّلَةً فَهُوَ بِاخْتِيَارِ ثَلَاثَةِ أَبْطَامٍ ، إِنْ رَدَّهَا رَدَّ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَى لَبِئِهَا قُحْحاً » رواه أبو داود . ولأن هذا تدليس بما يختلف الثمن باختلافه . فوجب به الردّ ، كما لو كانت شمطاء^(١) فسود شعرها ، وقياسهم يبطل بتسويد الشعر . فإنّ بياضه ليس بعيب ، كالـكبر . وإذا دلّسه ثبت له الخيار . وأما انتفاخ البطن ، فقد يكون من الأكل ، والشرب ، فلا معنى لحمله على الحل . وعلى أن هذا القياس يخالف النصّ . واتباع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى .

إذا تقرر هذا : فإنما يثبت الخيار بشرط أن لا يكون المشتري عالماً بالتصيرية . فإن كان عالماً لم يثبت له الخيار . وقال أصحاب الشافعيّ . يثبت له الخيار في وجهه ، للخبر . ولأن انتفاع اللبن لم يوجد . وقد يبقى على حاله . فلم يجعل ذلك رضىً ، كما لو تزوجت عتيقاً ثم^(٢) طلّبت النسخ .

ولنا : أنه اشتراها عالماً بالتدليس ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشترى من سود شعرها عالماً بذلك . ولأنه دخل على بصيرة . فلم يثبت له الردّ ، كما لو اشترى مبيعاً يعلم عيبه ، ويقبض اللبن على حاله نادراً ، بعيداً ، لا يعلق عليه حكم . والأصل الذي قاسوا عليه ممنوع . ولو اشترى مُصَرَّاةً ، فصار لبنها عادةً ، واستمرّ على كثرته ، لم يكن له الردّ . وقال أصحاب الشافعيّ : له الردّ في أحد الوجهين ، للخبر . ولأن التدليس كان موجوداً حال العقد فأثبت الردّ ، كما لو نقص اللبن .

ولنا : أن الردّ جعل لدفع الضرر بنقص اللبن ، ولم يوجد ، فامتنع الردّ . ولأن العيب لم يوجد ، ولم يختلف صفة المبيع عن حالة العقد . فلم يثبت التدليس . ولأن الخيار ثبت لدفع الضرر ، ولم يوجد ضرر .

(الفصل الثاني) أنه إذا رُدَّ لزمه ردّ بدل اللبن . وهذا قول كل من جوز ردّها . وهو مقدر في

(١) هذا في الجارية أيام وجود الرق وبيع الإماء ، فإذا كانت الجارية كبيرة السن بيضاء الشعر فسود شعرها فهو غش .

(٢) العتيق . الذي لا يأتي النساء عجزاً على إتيانهن ، أو عدم إرادة لهن .

الشرع بصاعٍ من تمر . كما في الحديث الصحيح الذي أورده ، وهذا قول الليث ، وإسحاق ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور . وذهب مالك ، وبعض الشافعية إلى أن الواجب صاعٌ من غالب قوت البلد . لأن في بعض الحديث « وَرَدَ مَعَهَا صَاعًا مِنْ طَعَامٍ » وفي طعام « وَرَدَ مَعَهَا مِثْلَ أَوْ مِثْلَى لَبْنِهَا قَحْحًا » فجمع بين الأحاديث . وجعل تنصيبه على التمر ، لأنه غالب قوت البلد في المدينة ، ونص على القمح . لأنه غالب قوت بلاد آخر ، وقال أبو يوسف : يرد قيمة اللبن ، لأنه ضمان مُتَلَف ، فكان مقدراً بقيمته ، كسائر المتلفات ، وحكى ذلك عن ابن أبي ليلى ، وحكى عن زُفَر : أنه يرد صاعاً عن تمر ، أو نصف صاعٍ من بُرٍّ ، بناء على قولهم في الفطرة ، والكفارة .

وانا : الحديث الصحيح الذي أورده ، وهو المعتمد عليه في هذه المسألة . وقد نص فيه على التمر ، فقال « إِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمَرٍ » وفي لفظ للبخاري « مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّاةً فَاحْتَلَبَهَا ، فَإِنْ رَضِيَهَا أَمْسَكَهَا وَإِنْ سَخِطَهَا فَفِي حَلَبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمَرٍ » وفي لفظ لمسلم رواه ابن سيرين ، عن أبي هريرة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم « وَرَدَ صَاعًا مِنْ تَمَرٍ لَا سَمَرَاءَ » وفي لفظ له « طَعَامًا لَا سَمَرَاءَ » يعني لا بُرْدٌ قَحْحًا والمراد بالطعام هاهنا التمر . لأنه مُطْلَقٌ في أحد الحديثين ، مُقْتَدٍ في الآخر في قضية واحدة . والمُطْلَقُ فيما هذا سبيلة يُحْمَلُ على المُقْتَدِ . وحديث ابن عمر مطرَحُ الظاهر بالاتفاق . إذ لا قائل بإيجاب مثل لبنها ، أو مثلى لبنها قححاً . ثم قد شك في الراوى ، وخالفته الأحاديث الصَّحاح فلا يُعْوَلُ عليه . وقياس أبي يوسف مخالف للنص . فلا يلتفت إليه . ولا يبعد أن يقدر الشرع بدل هذا المتلف قطعاً للخصومة ، ودفعاً للتنازع ، كما قدر بدَلُ الآدمي ، ودية أطرافه . ولا يمكن حمل الحديث على أن الصاع كان قيمة اللبن ، فلذلك أوجبه ، لوجوه ثلاثة :
أحدها : أن القيمة هي الأثمان لا التمر .

الثاني : أنه أوجب في المصَرَّاة من الإبل ، والغنم جميعاً صاعاً من تمر ، مع اختلاف لبنها .

الثالث : أن لفظه للعموم . فيتناول كلَّ مُصَرَّاةٍ . ولا يتفق أن تكون قيمة لبن كل مُصَرَّاة صاعاً . وإن أمكن أن يكون كذلك فيتعين إيجاب الصاع . لأنه القيمة التي عين الشارع إيجابها . فلا يجوز أن يُعْدَلَ عنها ، وإذا قد ثبت هذا ، فإنه يجب أن يكون الصاع من التمر جَيِّدًا غَيْرَ مَعْيِبٍ . لأنه واجب بإطلاق الشارع . فينصرف إلى ما ذكرناه ، كالصاع الواجب في الفِطْرَةِ ولا يجب أن يكون من الأجود ، بل يجوز أن يكون من أدنى ما يقع عليه اسمُ الجَيِّدِ . ولا فرق بين أن تكون قيمة التمر مثل قيمة لبن^(١) الشاة ، أو أقل ، أو أكثر . نص عليه أحمد . وليس هذا جهماً بين البذل والمبذل . لأن التمر بدلُ اللبن قدره الشرع به ، كما قدر في بدى العبد قيمته ، وفي يديه ورجليه قيمته مَثْنَيْنِ ، مع بقاء العبد على ملك سيده .

(١) لفظ لبن ساقط من جميع الأصول المطبوعة وبدونه يفسد المعنى .

وإن عدم التمر في موضعه فعليه قيمته في الموضع الذي وقع عليه المقدُّ لآفته بمثابة عين أذاقها ، فيجب عليه قيمتها .

٢٩٦٨ (فصل) وإن علم بالتصرية قبل حلبها ، مثل أن أقرَّ به البائع ، أو شهد به من تُقبل شهادته . فله ردُّها ، ولا شيء معها . لأن التمر إنما وجب بدلاً للبن المحتلب ، ولذلك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مَنْ اشْتَرَى غَمَماً مُصَرَّاةً فَاحْتَلَبَهَا . فَإِنْ رَضِيَها أَمْسَكها . وَإِنْ سَخِطَهَا فَقِي حَلَبَتِها صَاعٌ مِنْ تَمَرٍ » ولم يأخذها لبناهما . فلم يلزمه رد شيء معها . وهذا قول مالك . قال ابن عبد البر : هذا مالاخلاف فيه ، وأما لو احتلبها ، وترك اللبن بحاله ، ثم ردَّها ردَّ لبنها : ولا يلزمه أيضاً شيء . لأن المبيع إذا كان موجوداً فردَّه لم يلزمه بدله . فإن أبي البائع قبوله ، وطلب التمر لم يكن له ذلك ، إذا كان بحاله لم يتغير . وقيل : لا يلزمه قبوله ، لظاهر الخبر . ولأنه قد نقص بالحلب ، وكونه في الضرع أحفظ له .

ولنا : أنه قدر على ردَّ المبدل فلم يلزمه البديل ، كسائر المبدلات مع أبدالها . والحديث المراد به ردَّ التمر حالة عدم اللبن لقوله « قَفِي حَلَبَتِها صَاعٌ مِنْ تَمَرٍ » ولما ذكرنا من المعنى . وقولهم : إن الضرع أحفظ له لا يصح . لأنه لا يمكن إبقاؤه في الضرع على الدوام ، وبقاؤه بضره بالحيوان . وإن كان اللبن قد تغير فقيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه قبوله . وهذا قول مالك ، للخبر . ولأنه قد نقص بالحموضة ، أشبه ما لو أتلفه .

والثاني : يلزمه قبوله . لأن النقص حصل بإسلام^(١) المبيع ، وبتغير البائع ، وتسليطه على حلبه . فلم يمنع الرد ، كلبن غير المصرة .

٢٩٦٩ (فصل) وإذا رضى بالتصرية ، فأمسكها ، ثم وجد بها عيباً آخر ردَّها به . لأن رضاه بعيب لا يمنع الرد بعيب آخر ، كما (لو)^(٢) اشترى أعرج ، فرضى بعيبه ، ثم أصاب^(٣) به برصاً ، وإذا ردَّه لزمه صاع من تمر ، عوضَ اللبن . لأنه قد جُمِلَ عوضاً له فيما إذا ردَّها بالتصرية ، فيكون عِوَضاً له مطلقاً .

٢٩٧٠ (فصل) ولو اشترى شاةً غير مصرة ، فاحتلبها ، ثم وجد بها عيباً ، فله الرد ، ثم إن لم يكن

(١) في النسخ المطبوعة (باستلام المبيع) وهو تصحيف لم ينبه عليه في الخطأ والصواب .

(٢) لفظ لو ساقط من النسخ المطبوعة .

(٣) أصاب به برصاً : وجد به برصاً .

في ضرعها لبن حال العقد فلا شيء عليه . لأن ما حدث من اللبن بعد العقد يحدث على ملك المشتري . وإن كان فيه لبن حال العقد إلا أنه شيء لا يخلو الضرع من مثله في العادة ، فلا شيء فيه ، لأن مثل هذا لا عبرة به ، ولا قيمة له في العادة ، فهو تابع لما حدث . وإن كان كثيراً ، وكان قائماً بحاله ، فهل له رده ؟ يبقى على ردّ لبن التصرية . وقد سبق . فإن قلنا : ليس له رده كان بقاؤه كتلفه ، وهل له أن يردّ المبيع ؟ يخرج على الروايتين فيما إذا اشترى شيئاً فتألف منه جزء ، أو تعيب . والأشهر في المذهب . أنه يردّه ، فعلى هذا يلزمه ردّ مثل اللبن . لأنه من ذوات الأمثال . والأصل ضمان ما كان من المشتريات بمثله ، إلا أنه خولف في لبن التصرية بالنص ، ففيما عداه يبقى على الأصل ، ولأصحاب الشافعيّ في هذا الفصل نحو مما ذكرنا .

(الفصل الثالث في الخيار) اختلف أصحابنا في مدّته . فقال القاضي : هو مقبّل بثلاثة أيام ، ليس له الردّ قبل مضيتها . ولإمسكها بعدها : فإن أمسكها بعد ذلك لم يكن له الردّ ، قال : وهو ظاهر كلام أحد ، وهو قول بعض أصحاب الشافعيّ ، لأن أبا هريرة روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من اشترى مصرية ، فهو فيها بالخيار ثلاثة أيام ، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ، وردّ معها صاعاً من تمر » رواه مسلم . قالوا : فهذه الثلاثة قدرها الشارع لمعرفة التصرية ، فإنها لا تعرف قبل مضيتها . لأنها في اليوم الأول لبنتها ابن التصرية ، وفي الثاني يجوز أن يكون لبنتها نقص لتغير المكان ، واختلاف العلف . وكذلك في الثالث . فإذا مضت الثلاثة استبانت التصرية ، وثبت الخيار على الفور . ولا يثبت قبل انقضائها . وقال أبو الخطاب : عندي متى ثبتت التصرية جاز له الردّ قبل الثلاثة ، وبعدها . لأنه تدليس يثبت الخيار ، فملك الردّ به ، إذا تبينه ، كسائر التدليس . وهذا قول بعض المدنيين ، فعلى هذا يكون فائدة التقدير في الخبر بالثلاثة . لأن الظاهر أنه لا يحصل العلم إلا بها ، فاعتبرها لحصول العلم ظاهراً ، فإن حصل العلم بها ، أو لم يحصل بها فالاعتبار به دونها ، كافي سائر التدليس . وظاهر قول ابن أبي موسى : أنه متى علم التصرية ثبت له الخيار في الأيام الثلاثة إلى تمامها . وهذا قول ابن المنذر ، وأبي حامد من أصحاب الشافعيّ . وحكاه عن الشافعيّ نصاً ، لظاهر حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فإنه يقتضي ثبوت الخيار في الأيام الثلاثة كلّها ، وعلى قول القاضي : لا يثبت الخيار في شيء منها ، وإنما يثبت عقابها ، وقول أبي الخطاب : يسوّى بين الأيام الثلاثة وبين غيرها ، والعمل بالخبر أولى ، والقياس ما قال أبو الخطاب . لأن الحكم كذلك في العيوب ، وسائر التدليس .

٢٩٧١ « مسأله » قال ﴿ وسواء كان المشتري ناقةً أو بقرةً أو شاةً ﴾ .

جمهور أهل العلم : على أنه لا فرق في التصرية بين الشاة والناقة والبقرة ، وشذّ داود . فقال : لا يثبت

الخيارُ بتصرية البقرة . لأن الحديث « لَا تُصَرُّوا الْإِبِلَ وَالْفَنَمَ » فدلّ على أن ماعدهما بخلافهما . ولأن الحكم ثبت فيهما بالنهي . والقياسُ لا تثبت به الأحكام .

ولنا : عموم قوله « مَنْ اشْتَرَى مُصَرَّةً ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ » وفي حديث ابن عمر « مَنْ ابْتَعَ مُحَفَّلَةً » ولم يفصل ، ولأنه تصرية بلبن من بهيمة الأنعام . أشبه الإبل والفنم ، والخير فيه تنبيه على تصرية البقر . لأن لبنها أغزر ، وأكثر نفعا ، وقولهم : إن الأحكام لا تثبت بالقياس ممنوع ، ثم هو ههنا ثبت بالتنبيه ، وهو حجة عند الجميع .

٢٩٧٢ (فصل) إذا اشترى مُصَرَّاتين ، أو أكثر في عقد واحد فردَّهنَّ ردَّهنَّ ردَّ مع كل مُصَرَّةٍ صاعا ، وبهذا قال الشافعي ، وبعض أصحاب مالك . وقال بعضهم : في الجميع صاع واحد ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ اشْتَرَى غَنَمًا مُصَرَّةً ، فَاحْتَلَبَهَا ، فَإِنْ رَاضِيَهَا أَمْسَكَهَا ، وَإِنْ سَخِطَهَا فَفِي حَلَبَتِهَا صَاعٌ مِنْ تَمْرٍ » .

ولنا : عموم قوله « مَنْ اشْتَرَى مُصَرَّةً » - و - « مَنْ اشْتَرَى مُحَفَّلَةً » وهذا يقتل الواحد ، ولأن ما جُمِلَ عوضاً عن الشيء في صفتين وجب إذا كان في صفقة واحدة ، كأرث العيب . وأما الحديث فإن الضمير بمود إلى الواحدة .

٢٩٧٣ (فصل) فإن اشترى مُصَرَّةً من غير بهيمة الأنعام ، كالأمة ، والأتان ، والفرس ، ففيه وجهان :

أحدهما : يثبت له الخيار ، اختاره ابن عقيل ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، لعموم قوله « مَنْ اشْتَرَى مُصَرَّةً وَمَنْ اشْتَرَى مُحَفَّلَةً » ولأنه تصرية بما يختلف الثمن به ، فأنبت الخيار ، كتصرية بهيمة الأنعام . وذلك أن ابن آدمية يراد للرضاع ، ويرغب فيها ظنراً ويحسن تذيئها . ولذلك لو اشترط كثرة لبنها . فبان بخلافه ملك الفسخ ، ولو لم يكن مقصوداً لما ثبت باشتراطه ، ولا ملك الفسخ بعمده . ولأن الأتان ، والفرس يرادان لولدهما .

والثاني : لا يثبت به الخيار . لأن لبنها لا يُعتاض عنه في العادة ، ولا يُقصد قصد لبن بهيمة الأنعام ، والخير ورد في بهيمة الأنعام . ولا يصحُّ القياس عليه . لأن قصد لبن بهيمة الأنعام أكثر ، واللفظ العام أريد به الخاص . بدليل أنه أمضى ردّها بصاع من تمر . ولا يجب في لبن غيرها . ولأنه ورد عامّاً ، وخاصّاً في قضية واحدة . فيحمل العام على الخاص . ويكون المراد بالعام في أحد الحديثين الخاص في الحديث الآخر . وعلى الوجه الأول : إذا ردّها لم يلزم بدلُ لبنها . ولا يردّ معها شيئاً . لأن هذا اللبن لا يُباع عادة ، ولا يُعارض عنه .

٢٩٧٤ (فصل) وكلّ تدليس يختلف الثمن لأجله ، مثل أن يُسَوَّدَ شعر الجارية ، أو يجمّده ، أو يجمّر وجهها ، أو يضرر الماء على الرحا ، ويُرسله عند عرضها على المشتري ، يُثبِت الخيار . لأنه تدليس بما يختلف الثمن باختلافه ، فأثبت الخيار ، كالتصرية ، وبهذا قال الشافعي ، ووافق أبو حنيفة في تسويد الشعر . وقل في تجميده : لا يثبت به الخيار . لأنه تدليس بما ليس بعيب . أشبهه مالو سَوَّدَ أنامل العبد ، ليظنه كاتباً ، أو حدّاداً .

ولنا : أنه تدليس بما يختلف به الثمن . أشبه تسويد الشعر ، وأما تسويد الأنامل فليس بمختصّ بكونه كاتباً . لأنه يحتمل أن يكون قد ولع بالدواة ، أو كان غلاماً لسكاتب يصلح له الدواة ، قطّعه كاتباً طمع لا يستحقّ به فسخاً . فإن حصل هذا من غير تدليس ، مثل أن اجتمع الابن في الضرع من غير قصد ، أو احمرّ وجه الجارية لخجل أو تعب ، أو تسوّد شعرها بشيء وقع عليه . فقال القاضي : له الردّ أيضاً لدفع الضرر اللاحق بالمشتري ، والضرر واجب الدفع ، سواء قصد أو لم يقصد فأشبهه العيب ، ويحتمل أن لا يثبت الخيار لحمرّ وجهها بخجل ، أو تعب . لأنه يحتمل ذلك ، فيتميّز ظنه من خيلقته الأصلية طمعاً . فأشبهه سواد أنامل العبد .

٢٩٧٥ (فصل) فإن علف الشاة فلا خواصرها ، وظنّ المشتري أنها حامل ، أو سَوَّدَ أنامل العبد ، أو ثوبه ، يوم أنه كاتب ، أو حدّاد ، أو كانت الشاة عظيمة الضرع خيلقة ، فظنّ أنها كثيرة اللبن ، لم يكن له خيار ، لأنّ هذا لا يقع للجهة التي ظنّها فإن امتلاء البطن قد يكون لأكل ، أو شرب ، أو غيرها وسواد أنامل العبد قد يكون لولع بالدواة ، أو لكونه شارعاً في الكتابة ، أو غلاماً لسكاتب ، فجمّله على أنه كاتب من باب الطمع ، فلا يثبت خياراً .

٢٩٧٦ (فصل) وإذا أراد إمساك المدّاس ، وأخذ الأرض لم يكن له أرض . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجعل له في المصّرة أرضاً . وإنما خيره في شيئين قال « إن شاء أمسك ، وإن شاء ردّها وصاعاً من تمرٍ » ولأنّ المدّاس ليس بعيب . فلم يستحقّ من أجله عوضاً . وإن تعذّر عليه الردّ بتلف ، فعليه الثمن . لأنه تعذّر عليه الردّ فيما لا أرض له . فأشبهه غير المدّاس ، وإن تعيّب عنده قبل العلم بالتدليس . فله ردّه وردّ أرض العيب عنده ، وأخذ الثمن . وإن شاء أمسك ، ولا شيء له . وإن علم بالتدليس ، فتصرّف في البيع بطل ردّه . كما لو تصرّف في المبيع المعيب . وإن أصرّ الردّ من غير تصرّف ، فحكمه حكم تأخّر ردّ المعيب على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٢٩٧٧ « مسألة » قال ﴿ وإذا اشترى أمة ثيباً ، فأصابها ، أو استغفلها ، ثم ظهر على عيب . كان مخبراً بين أن يردها ، وأخذ الثمن كاملاً . لأن الخراج بالضمان ، والوطء كالخدمة ، وبين أن يأخذ ما بين الصحة والعيب ﴾ .

في هذه المسألة فصول خمسة :

أحدها : أن من علم بسلعته عيباً لم يُجزَّ بيعها حتى يُبينه المشتري . فإن لم يبينه فهو آثمٌ عاصٍ . نصّ عليه أحمد . لما روى حكيم بن حزام ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الْبَيْعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا . فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَّا بُورْكَهُمَا . وَإِنْ كَذَبَا وَكَتَمَا مُحِقَ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا » متفق عليه ، وقال عليه السلام « الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ بَاعَ مِنْ أَخِيهِ بَيْعاً إِلَّا بَيَّنَّهُ لَهُ » وقال « مَنْ بَاعَ عَيْباً أَمْ يَبَيِّنْهُ لَمْ يَزَلْ فِي مَقْتِ اللَّهِ ، وَلَمْ تَزَلِ الْمَلَائِكَةُ تَلْعَنُهُ » رواها ابن ماجه . وروى الترمذی : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « مَنْ غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » وقال : هذا حديث حسن صحيح ، والعمل عليه عند أهل العلم ، كرهوا الفِشَّ وَقَالُوا : هو حرامٌ . فإن باعه ، ولم يُبينه فالبيع صحيح في قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن أبي بكر عبد العزيز : أن البيع باطلٌ . لأنه منهي عنه ، والنهي يقتضي الفساد .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن التصريّة وصحح البيع » ، وقد روى عن أبي بكر أنه قيل له ، ما تقول في المصراة ؟ فلم يذكر جواباً .

الفصل الثاني : أنه متى علم بالبيع عيباً لم يسكن عالماً به . فله الخيار بين الإمساك ، والفسخ ، وسواء كان البائع علم العيب . وكتمه ، أو لم يعلم . لا نعلم بين أهل العلم في هذا خلافاً . وإثبات النبي صلى الله عليه وسلم الخيار بالتصريّة تنبيه على ثبوته بالعيب . ولأن مطلق العقد يقتضي السلامة من العيب . بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ اشْتَرَى تَمْلُوكًا فَكَتَبَ : هَذَا مَا اشْتَرَى مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ مِنَ الْعَدَاءِ بْنِ خَالِدٍ ، اشْتَرَى مِنْهُ عَبْدًا أَوْ أَمَةً لَدَاءً بِهِ ، وَلَا غَائِلَةَ ، بَيْعَ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمِ » ثبت أن بيع المسلم اقتضي السلامة . ولأن الأصل السلامة ، والعيب حادث ، أو مخالف للظاهر . فعند الإطلاق يحمل عليها . فتي فانت فات بعض مقتضى العقد ، فلم يلزمه أخذه بالموض ، وكان له الرد ، وأخذ الثمن كاملاً .

٢٩٧٨ (فصل) خيار الرد بالعيب على التراخي ، فتي علم العيب فأخّر الرد لم يبطل خياره ، حتى يوجد منه ما يدل على الرضا ، ذكره أبو الخطاب ، وذكر القاضي شيئاً يدل على أن فيه روايتين .

إحداها : هو على التراخي . والثانية : هو على الفور . وهو مذهب الشافعي ، فتي علم العيب ، فأخّر رده مع إمكانه ، بطل خياره . لأنه يدل على الرضا ، فأسقط خياره ، كالتصرف فيه .

ولنا : أنه خيار لدفع ضرر متحقق ، فكان على التراخي . كالتقصص ، ولا تُسلم دلالة الإمساك على الرضا به .

الفصل الثالث : أنه لا يخلو المبيع من أن يسكون بحاله . فإنه يردّه ، وبأخذ رأس ماله ، أو يسكون قد زاد بعد العقد ، أو جُمعت له فائدة ، فذلك قسمان :

أحدهما : أن تسكون الزيادة متصلة ، كالسمن ، والكبر ، والتعلم ، والحل قبل الوضع ، والثمرة قبل التأبير ، فإنه يردّها بنائها ، لأنه يتبّع في العقود والفسوخ .

القسم الثاني : أن تسكون الزيادة منفصلة ، وهى نوعان .

أحدهما : أن تسكون الزيادة من غير عين المبيع ، كالكسب ، وهو معنى قوله « أو استغلتها » يعنى أخذ غلتها ، وهى منافعتها الحاصلة من جهتها ، كالخدمة ، والأجرة ، والكسب ، وكذلك ما يوهب ، أو يوصى له به فكل ذلك له شترى فى مقابلة ضمانه ، لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري ، وهو معنى قوله عليه السلام « أَخْرَاجُ بِالضَّمَانِ » ولا نعلم فى هذا خلافاً ، وقد روى ابن ماجه ، عن هشام بن عمار ، عن مسلم بن خالد ، عن هشام بن عروة ، عن أبيه ، عن عائشة رضى الله عنها « أن رجلاً اشترى عبداً ، فاستغله ما شاء الله ، ثم وجد به عيباً فردّه ، فقال : يا رسول الله ، إنّه استغلّ غلّائى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أَخْرَاجُ بِالضَّمَانِ » رواه أبو داود ، والشافعى ، ورواه سعيد فى سننه ، عن مسلم بهذا الإسناد ، وقال فيه « الْعَلَّةُ بِالضَّمَانِ » وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم .

والنوع الثانى : أن تسكون الزيادة من عين المبيع ، كالولد ، والثمرة ، والابن ، فهى المشتري أيضاً ، ويردّ الأصل دونها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك : إن كان النماء ثمرة لم يردّها ، وإن كان ولداً رده معها ، لأن الردّ حكم فسرّى إلى ولدها ، كالكتابة ، وقال أبو حنيفة : النماء الحادث فى يد المشتري يمنع ردّه ، لأنه لا يمكن ردّ الأصل بدونه ، لأنه من موجهه ، فلا يرفع العقد مع بقاء موجهه ، ولا يمكن رده معه ، لأنه لم يقناوله العقد .

ولما : أنه حادث فى ملك المشتري ، فلم يمنع الردّ ، كما لو كان فى يد البائع ؛ وكالكسب ؛ ولأنه نماء منفصل ؛ فجاز ردّ الأصل بدونه ، كالكسب ، والثمرة ، عند مالك ، وقولهم : إن النماء موجب العقد غير صحيح ؛ إنما موجهه الملك ، ولو كان موجباً للعقد لعاد إلى البائع بالفسخ ، وقول مالك لا يصح . لأن الولد ليس بمبيع ، فلا يمكن رده بحكم ردّ الأم ، ويبطل ما ذكره بقتل الملك بالهبة ؛ والببيع ؛ وغيرها ؛ فإنه لا يسرى إلى الولد بوجوده فى الأم ، وإن كان قد نقص . فهذا نذكر حكمه إن شاء الله تعالى .

الفصل الرابع : إن كان المبيع جارية ثيباً فوطئها المشتري قبل علمه بالعيب ، فله ردها ، وليس معها شيء . وروى ذلك عن زيد بن ثابت . وبه قال مالك ، والشافعى وأبو نور ، وعثمان البتّى ، وعن أحمد

رواية أخرى: أنه يمنع الرد ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه . وبه قال الزهري ، والثوري ، وأبو حنيفة ، وإسحاق . لأن الوطء يجري مجرى الجنابة . لأنه لا يخلو في ملك الغير من عقوبة ، أو مال ، فوجب أن يمنع ، كما لو كانت بكراً . وقال شريح ، والشعبي ، والتخمي وسعيد بن المسيب ، وابن أبي ليلى : يردها وممها أرض . واختلفوا فيه . فقال شريح ، والتخمي : نصف عشر عنها . وقال الشعبي : حكومة . وقال ابن المسيب : عشرة دنائير . وقال ابن أبي ليلى : مئزر مثلها . وحكي نحوه قوله عن عمر بن الخطاب ، رضي الله عنه . وذكره ابن أبي موسى ، رواية عن أحمد . لأنه إذا فسخ صار واطئاً في ملك الغير ، اسكون الفسخ رفعا للعقد من أصله .

ولنا : أنه متى لا ينقص عينها ، ولا قيمتها ، ولا يتضمن الرضا بالعيب . فلا يمنع الرد ، كالأستخدام ، وكوطء الزوج . وما قالوه يبطل بوطء الزوج ، ووطء البكر ينقص ثمنها ، وقولهم : يكون واطئاً في ملك الغير : ليس بصحيح . لأن الفسخ رفع للعقد من حينه ، لا من أصله . بدليل أنه لا يبطل الشفعة ، ولا يوجب رد الكسب ، فيكون وطؤه في ملكه .

٢٩٧٩ (فصل) ولو اشترى مزرعة ، فوطئها الزوج لم يمنع ذلك الرد بغير خلاف نعلمه ، فإن زوجها المشتري ، فوطئها الزوج ، ثم أراد ردّها بالعيب ، فإن كان ذلك النكاح باقياً فهو عيبٌ حادث . وإن كان قد زال ، لحكمه حكم وطء السيد ، وقد استحسن أحمد رحمه الله أنه يمنع الرد . وهو محمول على الرواية الأخرى . إذ لا فرق بين هذا ، وبين وطء السيد . وإن زنت في يد المشتري ، ولم يكن عارف ذلك منها ، فهو عيبٌ حادث ، حكمه حكم الميؤب الحادثة ، ويحتمل أن يكون عيباً بكل حال . لأنه لزمها حكم الزنا في يد المشتري .

الفصل الخامس : أنه إذا اختار المشتري إمساك الميؤب ، وأخذ الأرض ، فله ذلك . وهذا قول إسحاق ، وقال أبو حنيفة ، والشافعي : ليس له إلا الإمساك ، أو الرد . وليس له أرض ، إلا أن يتعذر رد المبيع . لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لمشتري المصراة الخيار بين الإمساك من غير أرض ، أو الرد . ولأنه يملك الرد ، فلم يملك أخذ جزء من الثمن ، كالذي له الخيار .

ولنا : أنه ظهر على عيب لم يعلم به ، فكان له الأرض ، كما لو تعيب عنده . ولأنه فات عليه جزء من المبيع . فكانت له المطالبة بموضه ، كما لو اشترى عشرة أفقزة ، فبانت تسعة ، أو كما لو أتلفه بعد البيع ، فأما المصراة ، فليس فيها عيب . وإنما ملك الخيار بالتدليس ، لا افوات جزء ، ولذلك لا يستحق أرضاً ، إذا امتنع الرد عليه .

إذا ثبت هذا : فمعنى أرض العيب أن يقوم المبيع صحيحاً ، ثم يقوم معيباً ، فيؤخذ قسط ما بينهما

من الثمن ، فنسبته إلى الثمن نسبة النقصان بالعيب من القيمة ، مثاله : أن يُقَوِّمَ المَقْيَبُ صحيحاً بعشرة ، ومعيباً بنسعة ، والثمن خمسة عشر ، فقد نقصه العيب عُشْرَ قيمته . فيرجع على البائع بعُشْرِ الثمن ، وهو درهم ونصف . وعلة ذلك : أن المبيع مضمون على المشتري بثمنه ، فقوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن أيضاً . ولأننا لو ضمنناه نقص القيمة أفضى إلى اجتماع الثمن والمُثْمَن للمشتري ، فيما إذا اشترى شيئاً بنصف قيمته ، فوجد به عيباً ينقصه نصف قيمته ، مثل أن يشتريه بعشرة ، وقيمه عشرون ، فوجد به عيباً ينقصه عشرة ، فأخذها ، حصل له المبيع ورجع بثمنه . وهذا معنى قول الخِرَقِيّ أو يأخذ ما بين الصّحة والعيب . وقد نصّ أحدُ على ما ذكرناه ، وذكره الحسن البصري ، فقال : يرجع بقيمة العيب في الثمن يومَ اشتراه ، قال أحد : هذا أحسن ما سمعتُ .

٢٩٨٠ « مسألة » قال ﴿ وإن كانت بكرة فأراد ردّها كان عليه ما نقصها ﴾ .

يعنى الأمة البكرة إذا وطئها المشتري ، ثم ظهر على عيب ، فردّها ، كان عليه أن يردّها معها أرش النقص . وعن أحمد في جواز ردّها روايتان :

إحداها : لا يردّها ويأخذ أرش العيب ، وبه قال ابن سيرين ، والزهري ، والثوري ، والشافعي ، وأبو حنيفة ، وإسحق . قال ابن أبي موسى : وهو الصحيح عن أحمد .

والرواية الثانية : يردّها ، ويردّها معها شيئاً ، وبه قال شريح ، وسعيد بن المسيب ، والنخعي ، والشعبي ومالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو ثور ، والواجب ردّها ما نقص قيمتها بالوطء فإذا كانت قيمتها بكرة عشرة ، وثبناً ثمانية ردّها دينارين . لأنه بفسخ العقد يصير مضموناً عليه بقيمته ، بخلاف أرش العيب ، الذي يأخذه المشتري . وهذا قول مالك ، وأبي ثور ، وقال شريح ، والنخعي : يردّها عُشْرَ ثمنها ، وقال سعيد بن المسيب . يردّها عشرةً ديناراً . وما قلناه أولى إن شاء الله تعالى ، واحتجّ من منع ردّها بأن الوطاء نقص عينها ، وقيمتها ، فلم يملك ردّها ، كما لو اشترى عبداً ، فخصّاه ، فنقصت قيمته .

ولنا : أنه عيبٌ حدث عند أحد المتبايعين ، لا لاستعلام . فأنبت الخيار ، كالعيب الحادث عند البائع قبل القبض .

٢٩٨١ (فصل) وكلّ مبيع كان معيباً ، ثم حدث به عند المشتري عيبٌ آخرٌ قبل علمه بالأول .

فمن أحمد رحمه الله فيه روايتان :

إحداها : ليس له الردّ ، وله أرش العيب القديم ، وبه قال الثوري ، وابن شبرمة ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن ابن سيرين ، والزهري ، والشعبي . لأن الردّ ثبت لإزالة الضرر ، وفي الردّ على البائع إضرار به . ولا يزال الضرر بالضرر .

والثانية : له الردّ ويردّ أرض العيب الحادث عنده ، وبأخذ الثمن . وإن شاء أمسكه ، وله الأرض .
وهذا قال مالك ، وإسحق . وقال النخعي ، وحامد بن أبي سليمان : يردّه ، ونقصان العيب ، وقال
الحكم : يردّه لم يذكر معه شيئاً .

ولنا : حديثُ الأصمّة . فإن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بردها بعد حنكها ، وردّ عَوْض ابنها .
واحتج أحمد بن عثمان بن عفان رضي الله عنه « قَضَى فِي الثَّوْبِ إِذَا كَانَ بِرِ عَوَارٍ ^(١) يَرُدُّهُ ، وَإِنْ
كَانَ قَدْ لَبِسَهُ » ولأنه عيب حدث عند المشتري . فكان له الخيارُ بين ردّ المبيع ، وأرشه ، وبين أخذ أرض
العيب القديم ، كما لو كان حدوثه لاستعلام المبيع . ولأن العيبين قد استويا والبائع قد دلّس به ، والمشتري لم
يدلّس . فكان رعاية جانبه أولى . ولأن الردّ كان جائزاً قبل حدوث العيب الثاني ، فلا يزول إلا بدليل
وليس في المسألة إجماع ولا نص ، والقياس إنما يكون على أصل ، وليس لما ذكرناه أصل ، فيبقى
الجواز بحاله .

إذا ثبت هذا : فإنه يردّ أرض العيب الحادث عنده . لأن المبيع بمجملته مضمونٌ عليه ، فكذلك
أجزاؤه . وإن زال العيبُ الحادث عند المشتري ردّه ، ولا أرض معه على كلتا الروابطين . وبه قال
الشافعي . لأنه زال المانع مع قيام السبب المقتضى للردّ ، فثبت حكمه . ولو اشترى أمةً فحملت عنده ، ثم
أصاب بها عيباً . فاحملُ عيباً في الأدميات دون غيرها . لأنه يمنع الوطء ، ويخاف منه التلف . فإن
ولدت ، فالولد للمشتري . وإن نقصتها الولادة ، فذلك عيبٌ أيضاً . وإن لم تنقصها الولادة ، مات الولد ،
جاز ردّها ، لأنه زال العيب ، وإن كان ولدها باقياً لم يكن له ردّها دون ولدها . لأن ذلك تفريق بينهما .
وهو محرم ، وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب في مسائلهما : له الفسخُ فيها دون ولدها ، وهو قول
أكثر أصحاب الشافعي ، ولأنه موضع حاجة ، فأشبهه مالو ولدت حُرّاً ، فإنه يجوز بيعها دون ولدها .

ولنا : عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ الْوَلَدَةِ وَوَلَدِهَا فَرَّقَ اللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
أَحَبِّهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ » ولأنه أمكن دفع الضرر بأخذ الأرض ، أو ردّها ولدها معها . فلم يجوز ارتكاب منهى
الشرع بالتفريق بينهما . كما لو أراد الإقالة فيها دون ولدها ، وقولهم : إن الحاجة داعيةٌ إليه . قلنا : قد
اندفعت الحاجةُ بأخذ الأرض . أما إذا ولدت حُرّاً ، فلا سبيل إلى بيعه معها بحال ، ولو كان المبيع حيواناً
غير الآدمي ، لحدث به حمل عند المشتري ، لم يمنع الردّ بالعيب . لأنه زيادة . وإن علم بالعيب بعد الوضع ،
ولم تنقصه الولادة . فله إمساكُ الولد ، وردّ الأم . لأن التفريق بينهما جائز . ولا فرق بين حملها قبل
القبض ، أو بعده . ولو اشتراها حاملاً ، فولدت عنده ، ثم اطلع على العيب ، فردّها ، ردّ الولد معها .

(١) العوار : مثلثة العين مع تخفيف الواو هو الخرق والشق في الثوب .

لأنه من جملة المبيع ، والزيادة فيه نماء متّصل بالمبيع . فأشبه ما لو سمنت الشاة . فإن تلف الولد فهو كتمعيّب المبيع عنده . فإن قلنا : له الردّ ، فعليه قيمته إن اختار ردّ الأم ، وعن أحمد أنه لا قيمة عليه للولد . وحمله القاضى على أن البائع دلّس العيب . وإن نقصت الأم بالولادة ، فهو عيب حادث ، حكمه حكم العيوب الحادثة . ويمكن حمل كلام أحمد على أن الحمل لا حكم له ، وهذا أحد القولين للشافعى . فعلى هذا يكون الولد حينئذٍ للمشتري . فلا يلزمه ردّه إن كان باقياً ، ولا قيمته إن كان ناقلاً ، والأوّل هو الصحيح . وعليه العمل إن شاء الله تعالى .

٢٩٨٢ (فصل) وإن كان المبيع كاتباً ، أو صانعاً ، فنسى ذلك عند المشتري ، ثم وجّد به عيباً . فذلك عيبٌ حادث عند المشتري ، حكمه حكم غيره من العيوب . وعن أحمد : يردّه ، ولا يردّ معه شيئاً ، وعمله القاضى بأنه ليس ينقص في العين . ويمكن عوّده بالتذكّر . قال : وعلى هذا لو كان سمياً فهُزِل . والقياس ما ذكرناه . فإن الصياغة والكتابة متقوّمة تضمّن في الفصّب ، وتلزم بشرطها في البيع . فأشبهت الأعيان ، والمنافع من السمع ، والبصر ، والعقل . وإمكان العود مُنتقص بالسن ، والبصر ، والحل ، ولعلّ ما روى عن أحمد أراد به إذا دلّس البائع العيب .

٢٩٨٣ (فصل) وإذا تعيّب المبيع في يد البائع بعد العقد ، فإن كان المبيع من ضمانه ، فحكمه حكم العيب القديم . وإن كان من ضمان المشتري فحكمه حكم العيب الحادث بعد القبض . فأما الحادث بعد القبض . فهو من ضمان المشتري . ولا يثبت به خيار . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى ، وقال مالك : عُهدة الرقيق ثلاثة أيام ، فما أصابه فيها فهو من ضمان البائع ، إلّا في الجنون ، والجذام ، والبرص . فإن ظهر إلى سفه ثبت الخيار . لما روى الحسن عن عُبَيْة « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل عُهدة الرقيق ثلاثة أيام » وأنه إجماع أهل المدينة . ولأنّ الحيوان يكون فيه العيب ، ثم يظهر .

ولنا : أنه ظهر في يد المشتري ، ويجوز أن يكون حادثاً . فلم يثبت به الخيار ، كسائر المبيع ، أو ما بعد الثلاثة ، والسنة ، وحديثهم لا يثبت . قال الإمام أحمد ليس فيه حديث صحيح ، وقال ابن المنذر : لا يثبت في العُهدة حديث صحيح ، والحسن لم يلق عُفبة . وإجماع أهل المدينة ليس بحجة ، والداد السكمان لا عُبرة به . وإنما النقص بما ظهر لا بما كمن .

٢٩٨٤ « مسألة » قال ﴿ إلا أن يكون البائع دلّس العيب . فيلزمه ردّ الثمن كاملاً . وكذلك سائر المبيع ﴾ .

معنى دلّس العيب : أى كتمه عن المشتري مع علمه به ، أو غطاه عنه بما يؤم المشتري عدمه . مُشتَق من الدّلس . وهى الظلمة . فكأنّ البائع يستر العيب ، وكتمانُه جعله في ظلمة ، تخفى عن المشتري ، فلم

بَرَهُ . ولم يعلم به ، وسواء في هذا ما علم به ، فكتمه ، وما ستره ، فكلاهما تدليس حرامٌ على ما يَتَّبَعُهُ . فإذا فعله البائعُ فلم يعلم به المشتري حتى تَمَيَّيْبُ المبيعِ في يده ، فله ردُّ المبيع ، وأخذُ ثمنه كاملاً : ولا أرشٌ عليه ، سواء كان الحادث بفعل المشتري ، كوطء البكر ، وقطع الثوب ، أو بفعل آدمي آخر ، مثل أن يخنى عليه جان ، أو بفعل العبد كالسرقة ، والإباق ، أو بفعل الله تعالى ، بالمرض ، ونحوه ، سواء كان ناقصاً للمبيع ، أو مُذهِباً لجميعه . قال أحد في رجل اشترى عبداً فأَبَقَ من يده ، وأقام البيِّنة أن إِباقه كان موجوداً في يد البائع : يرجعُ به على البائع بجميع الثمن الذي أخذَه منه . لأنه غَرَّ المشتري ، ويتبعُ البائعُ عبده ، حيثُ كان . وهذا يُحكى عن الحكم ، ومالك ، لأنه غَرَّه ، فيرجعُ عليه ، كما لو غَرَّه بخرية أمة وظاهر حديث المُصَرِّاة يدل على أن ما حدث في يد المشتري مضمونٌ عليه ، سواء دلس البائعُ العيب ، أو لم يدلسه ، فإن التضمينية تدليسٌ . ولم يَسْقُطْ عن المشتري ضَمَانُ اللابن ، بل ضمنه بصاع من التمر ، مع كونه قد نُهيَ عن التصيرية وقال « يَبِيعُ الْمُخْفَلَاتِ ^(١) خِلَابَةً ، وَلَا تَحِلُّ إِخْلَابَةُ مُسْلِمٍ » وقول النبي صَلَّى الله عليه وسلم « أَخْرَاجُ بِالضَّمَانِ » يدل على أن من له الخراجُ فَعَمَلِيَّةُ الضمان لكونه جمل الضمان عِلَّةٌ لوجوب الخراج له . فلو كان ضَمَانُهُ على البائع لكان الخراجُ له ، لوجود عِلَّتِهِ ، ولأن وجوب الضمان على البائع لا يثبت إلا بنصٍّ أو إجماع ، أو قياس ، ولا نعلم في هذا نصّاً ولا إجماعاً . والقياسُ إنما يكون على أصل ، ولا نعلم لهذا أصلاً . ولا يشبه هذا التفسير بخرية الأمة في النكاح . لأنه يرجعُ على من غَرَّه وإن لم يكن سيِّد الأمة ، وههنا لو كان التدليس من وكيل البائع لم يرجع عليه بشيء .

٣٩٨٥ (فصل) في معرفة العيوب : وهي النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار . لأن المبيع إنما صار تحلاً للعقد باعتبار صفة المالية . فإما بوجوب نقصاً فيها بكون عيباً . والمرجع في ذلك إلى العادة في عُرف أهل هذا الشأن وهم التجار .

فالعيوب في الخلقة ، كالجنون ، والجذام ، والبرص ، والعمى ، والعمور ، والعرج ، والعقل ^(٢) والقرن ^(٣) والعقن ، والرتق ، والقرع ، والصمم ، والطرش ، والخرس ، وسائر المرض والأصبع الزائدة ، والناقصة ، والحوّل

(١) المخفلات : المجموع لبنها في ضرعها بسبب تركها أياما بدون حلب والخلابة : الخداع والغش .

(٢) العقل : شيء يخرج من قبل النساء ، أي لحة تكون فيه تضيق مدخل الذكر فيه ، كما يحدث للرجل في أنثيه وتسمى الأدرة ، وعند العامة تسمى (القليطة)

(٣) القرن : اقتران الشفرين من فرج المرأة لوجود عقلة صغيرة أي عظمة صغيرة بينهما . والعقن العض ، والرتق انسداد الفرج فلا يستطيع جماع من بها ، أو هو عدم وجود خرق للمرأة إلا مخرج البول .

والخَوَص^(١) ، والسَّيْل وهو زيادة في الأَجْقَانِ ، والتغنيث ، وكونه خُنْثِي ، والخِصَاء ، والتزويج في الأمة ، والبَخَر^(٢) فيها ، وهذا كله قول أبي حنيفة ، والشافعي . ولا أعلم فيه خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم في الجارية تُشْتَرَى ولها زوج : أنه عيب . وكذلك الدَّيْنُ في رَقَبَةِ العبد ، إذا كان السيد مُعْسِراً ، والجَنَايَةُ الموجِبَةُ للقَوْدِ . لأن الرقبة صارت كالمستَحَقَّة ، لوجوب الدفع في الجنابة ، والبيع في الدين ، ومستَحَقَّة للانلاف بالقِصَاص ، والزنا ، والبَخَرُ عيب في العبد ، والأمة جميعاً ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ليس ذلك بعيب في العبد . لأنه لا يرادُ للفِرَاش ، والاستمتاع به ، بخلاف الأمة .

ولنا : أن ذلك ينقص قيمته ، وماليته . فإنه بالزنا يتعرض لإقامة الحد عليه ، والتعزير ، ولا يأمنه سيده على عائلته ، وحرمة ، والبَخَرُ يؤذي سيده ، ومن جالسه ، وخاطبه ، أو سارّه ، وأما السرقة ، والإباق ، والبول في الفراش ، فهي عيوب في الكبير ، الذي جاوز العُشْرَ ، وقال أصحاب أبي حنيفة في الذي يأكل وحده ، ويشرب وحده ، وقال الثوري وإسحاق : ليس بعيب فيه حتى يحتمل . لأن الأحكام تتعلق به من التكليف ، ووجوب الحدود ببلوغه . فكذا ذلك هذا .

ولنا : أن الصبي العقل يتجزأ من هذا عادة ، كتجزأ الكبير ، فوجوده منه في تلك الحال يدل على أن البول لداء في باطنه ، والسرقة والإباق نُحْبِثُ في طبعه . وحد ذلك بالعُشْرَ لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بتأديب الصبي على ترك الصلاة عندها ، والتفريق بينهم في المضاجع لبلوغها . فأما مَنْ دون ذلك ، فتكون هذه الأمور منه لضعف عقله ، وعدم تَدَبُّعِهِ . وكذلك إن كان العبد يشرب الخمر ، أو يسكر من النبيذ . نص عليه أحمد . لأنه يوجب عليه الحد ، فهو كالزنا ، وكذلك الحق الشديد ، والاستطالة على الداس ، لأنه يحتاج إلى التأديب ، وربما تسكر ، فأفضى إلى تلفه ، ولا يكون عيباً إلا في الكبير دون الصغير . لأنه منسوب إلى فعله ، وعدم الخِثَانِ ليس بعيب في الصغير . لأنه لم يفت وقته ، ولا في الأمة الكبيرة . وبهذا قال الشافعي ، وقال أصحاب أبي حنيفة : هو عيب فيها . لأنه زيادة ألم ، فأشبهت العبد .

ولنا : أنه ليس بواجب في حقها ، والألم فيه يسير لا يُحْشَى منه التلف ، بخلاف العبد الكبير . فأما العبد الكبير . فإن كان مجلوباً من الكفار فليس ذلك بعيب فيه . لأن المادة أنهم لا يختلفون . فصار

(١) الخوص : غشور العين ، وانحسافها .

(٢) البخر : نتن الفم وغيره من الجسم واشتهر في نتن الفم ، وهو المراد هنا

ذلك معلوماً عند المشتري ، فهو كدريهم . وإن كان مسلماً مؤلداً فهو عيب فيه . لأنه يُخشى عليه منه ، وهو خلاف العادة .

٢٩٨٦ (فصل) والثيوبه ليست عيباً . لأن الغاب على الجوارى الثيوبه . فالإطلاق لا يقتضى خلافها ، وكونها محرمة على المشتري بنسب ، أو رضاء ليس بعيب ، إذ ليس في الحلق ما يوجب خلاف المالية ، ولا نقصاً ، وإنما التحريم مختص به . وكذلك الإحرام ، والصيام . لأنهما يزولان قريباً ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . ولا نعلم لها مخالفاً . وكذلك عدة البائن . وأما عدة الرجعية فهي عيب . لأن الرجعية زوجة ، ولا يؤمن ارتجاعه لها . ومعرفة الغناء ، والحجامة ليست بعيب . وحكى عن مالك في الجارية المغنّية : أن ذلك عيب فيها . لأن الغناء محرم .

ولنا : أن هذا ليس بنقص في عينها ولا قيمتها . فلم يكن عيباً ، كالصناعة . ولأنسأ أن الغناء محرم . وإن سلمناه فالمحرم استعماله ، لا معرفته ، والفسر^(١) ليس بعيب وكان شريح يردّ به .

ولنا : أنه ليس بنقص ، وعمله بإحدى يديه يقوم مقام عمله بالأخرى ، والكفر ليس بعيب . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو عيب . لأنه نقص ، بدليل قول الله تعالى (٢ : ٢٢١) وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ) .

ولنا : أن العيب يكون فيهم المسلم ، والكافر ، والأصل فيهم الكفر . فالإطلاق لا يقتضى خلاف ذلك ، وكون المؤمن خيراً من الكافر لا يقتضى كون الكافر عيباً كما أن المتقى خيراً من غيره . قال الله تعالى (٤٩ : ١٣) إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ) وليس عدم ذلك عيباً . وكونه ولد زناً ليس بعيب . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو عيب في الجارية . لأنها تُراد للاقتراح ، بخلاف العبد .

ولنا : أن النسب في الرقيق غير مقصود ، بدليل أنهم يشترون مجلو بين غير معروف في النسب ، وكون الجارية لا تحسن الطبخ ، أو الخبز ، أو نحو هذا ليس بعيب . لأن هذه حرفة ، فلم يكن قوائها عيباً ، كسائر الصنائع ، وكونها لا تحيض ليس بعيب .

وقال الشافعي : هو عيب ، إذا كان ليكبر . لأن من لا تحيض لا تحمل .

ولنا : أن الإطلاق لا يقتضى الحيض ، ولا عدمه ، فلم يكن فواته عيباً ، كما لو كان لغير الكبر . ٢٩٨٧ (فصل) وإذا اشترط المشتري في المبيع صفة مقصودة مما لا يمدّد فقدّه عيباً صحّ اشتراطه ، وصارت مستحقة ، يثبت له خيار الفسخ عند عدمها ، مثل أن يشترط مسلماً فيبين كافراً ، أو يشترط الأمانة يسكراً أو جعده ، أو طبّاخة أو ذات صنعة ، أو لبن ، أو أنها تحيض ، أو يشترط في الدابة أنها

(١) العسر : كون العبد يعمل بيده الشمال .

هَمَلًا جَةً^(١) ، أو في الفَهْد : أنه صَيُود ، وما أشبه هذا . فمضى بان خلافُ ما اشترطه فله الخيارُ في الفسخ ، والرجوع بالثمن ، أو الرضا به . ولا شيء له . لا نعلم بينهم في هذا خلافاً . لأنه شرط وصفاً مرغوباً فيه ، فصار بالشرط مستحقاً .

فأما إن شرط صفةً غير مقصودة ، فبانت بخلافها ، مثل أن يشترطها سَبْطَةً^(٢) فبانت جمدةً ، أو جاهلةً فبانت عالةً . فلا خيار له . لأنه زاده خيراً . وإن شرطها كافرةً فبانت مُسَلِّمةً ، أو ثيباً فبانت بكرًا . فله الخيارُ . لأن فيه قصداً صحيحاً . وهو أن طالب الكافرة أكثرُ ، لصالحيتها للمسلمين ، وغيرهم ، أو لئلا يترتب من تسكينها العبادات . وقد يشترط الثيب لعجزه عن البكر . أو لبيعها لعاجز عن البكر . فقد فات قصده ، وقيل . لا خيار له . لأن هذين زيادة . وهو قول الشافعي في البكر . واختيار القاضي . واستبعد كونه يقصد الثبوتية لعجزه عن البكر . وليس هذا ببيع ، فإنه ممكن ، والاشتراط يدل عليه فيصيرُ بالدليل قريباً ، وإن شرط الشاة لَبُونًا صحَّ ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصح . لأنه لا يجوز بيع اللبن في الضرع ، فلم يجز شرطه .

ولنا : أنه أمر مقصود ، بتحقيق في الحيوان ، وبأخذ قِسْطًا من الثمن . فصَحَّ اشتراطُه ، كالصناعة في الأمة ، والهَمَلَجَةِ في الدابة . وإنما لم يجز بيعُهُ مفرداً للجَمالة ، والجَمالة تَسْقُطُ فيما كان بيعاً . وكذلك لو اشتراها بغير شرط صحَّ بيعُها معه . وكذلك يصحَّ بيعُ أساسات الحيطان ، والنوى في التمر معه ، وإن لم يجز بيعُهما مفردين . وإن شرط أنها تُحَلَّبُ كلَّ يوم قدرًا معلومًا ، لم يصحَّ لتعذر الوفاء به ، لأن اللبن يختلفُ ، ولا يمكن ضبطه ، وإن شرطها غزيرة اللبن صحَّ . لأنه يمكن الوفاء به . وإن شرطها حاملًا صحَّ . وقال القاضي : قياسُ المذهب أنه لا يصحَّ . لأن الحل لا حكم له . ولهذا لا يصحَّ الأمان على الحل ، ويحتملُ أنه ربيعٌ .

ولنا : أنه صفة مقصودة يمكن الوفاء بها . فصَحَّ شرطه ، كالصناعة ، وكونها لَبُونًا . وقد يفتن فيما قبل : أن للحمل حكمًا ، ولذلك « حَكَمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي الدِّيَةِ بِأَرْبَعِينَ خَلْفَةً فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا » ومنع أخذ الحوامل في الزكاة ، ومنع وطء الحوامل المسبَّيات ، وجعل الله تعالى عِدَّةَ الحامل وضع حملها ، وأرخص لها الفطر في رمضان إذا خافت على ولدها ؛ ومنع من الاقتصاص منها ، وإقامة الحد عليها من أجل حملها ، وظاهرُ الحديث المروي في الأمان ، يدل على أنه لا عنها في حال حملها ، فانتهى عنه ولدها ، وإن شرط أنها تضعُ الولد في وقت بعينه لم يصحَّ ، وجهًا واحدًا ، لأنه لا يمكن الوفاء به ، وإن

(١) هملجة : ذلولة طيبة .

(٢) سبطة : شعرها سلس غير متجمد .

شرط أنها لا تحمّل لم يصح الشرط ، لأنه لا يمكن الوفاء به ، وقال مالك : لا يصح في المرتفعات ، ويصح في غيرها .

ولنا : أنه باعها بشرط البراءة من الحمل ، فلم يصح ، كالمرتفعات ، وإن شرطها حائلا ، فبانت حاملا ، فإن كان ذلك في الأمة فهو عيب يثبت الفسخ به ، وإن كان في غيرها فهو زيادة لا يستحق به فسخا ، ويحتمل أن يستحق ، لأنه قد يردها لسفر ، أو لحمل شيء ، لا يتمكن منه مع الحمل ، وإن شرط البيض في الدجاجة ، فقد قيل : لا يصح ، لأنه لا علم عليه يُعرف به ، ولم يثبت له في الشرع حكم ، والأولى أنه يصح ، لأنه يُعرف بالعادة ، فأشبهه اشتراط الشاة أبونا ، وإن اشترط الهزار ، أو القمري مصوتا ، فقال بعض أصحابنا : لا يصح ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن صياح الطير يجوز أن يوجد ، ويجوز أن لا يوجد ، : والأولى جوازه ، لأن فيه مقصدا صحيحا ، وهو عادة له ، وخافقه فيه ، فأشبهه الهملجة في الدابة ، والصيّد في الفهد ، وإن شرط في الحمام أنه يحىء من مسافة ذكرها ، فقال القاضي : لا يصح ، وهو قول أبي حنيفة ، لأن فيه تعديبا للحيوان ، والفسد منه غير صحيح ، وقال أبو الخطاب ، يصح ، لأن هذه عادة مستمرة ، وفيه قصد صحيح ، لتبليغ الأخبار ، وحمل الكتب ، فخرى مجرى الصيد في الفهد ، والهملة في الدابة ، وإن شرط في الجارية أنها مُفَنّية لم يصح . لأن الفناء مذموم في الشرع . فلم يصح اشتراطه ، كالزنا . وإن شرط في السكبش كونه نطاحا ، وفي الديك كونه مُقاتلا لم يصح الشرط . لأنه منهي عنه في الشرع ، فخرى مجرى الفناء في الجارية . وإن شرط في الديك أنه يوقظه للصلاة لم يصح . لأنه لا يمكن الوفاء به . وإن شرط كونه بصيح في أوقات معلومة جرى مجرى اشتراط التصويت في القمري على ما ذكرنا .

٢٩٨٨ (فصل) ولا يفتقر الرد بالعيب إلى رضا البائع ، ولا حضوره ، ولا حكم حاكم قبل القبض ، ولا بعده . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة . إن كان قبل القبض افتقر إلى حضور صاحبه دون رضاه . وإن كان بعده افتقر إلى رضا صاحبه ، أو حكم حاكم . لأن مِلْكَه قد تمّ على الثمن . فلا يزول إلا برضاه .

ولنا : أنه رفع عقد مستحق له ، فلم يفتقر إلى رضا صاحبه ، ولا حضوره ، كالطلاق ، ولأنه مُستحقّ الرد بالعيب . فلا يفتقر إلى رضا صاحبه ، كقبول القبض .

٢٩٨٩ « مسألة » قال ﴿ ولوباع المشتري بعضها ثم ظهر على عيب ، كان مخيرا بين أن يرد ملكه منها بمقداره من الثمن ، أو يأخذ أرض الميب بقدر مِلْكَه فيها ﴾ .

الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

منها : أنه إذا اشترى مَعِيّا فباعه ، سقط رده . لأنه قد زال مِلْكَه عنه . فإن عاد إليه ، فأراد رده .

بالعيب الأول نظرنا . فإن كان باعه عالماً بالعيب أو وجد منه ما يدل على رضاه به ، فليس له رده . لأن تصرفه رضا بالعيب . وإن لم يكن علم بالعيب ، فله رده على بائعه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ليس له رده إلا أن يسكون المشتري فسخ بحكم الحاكم . لأنه سقط حقه من الرد ببذعه ، فأشبهه ماله علم ببذعه .

ولنا : أنه أمكنه استدراك ظلامته برده . فلك ذلك ، كما لو فسخ الثاني بحكم حاكم ، أو كما لو لم يزل ملكه عنه . ولا نسلم سقوط حقه . وإنما امتنع لعجزه عن رده . فإذا عاد إليه زال المانع . فظهر جواز الرد ، كما لو امتنع الرد لفبيته البائع ، أو لمعنى سواء ، وسواء رجع إلى المشتري الأول بالعيب ، الأول أو باقاة ، أو هبة ، أو شراء ثان ، أو ميراث في ظاهر كلام القاضي ، وقال أصحاب الشافعي : إن رجع بغير الفسخ بالعيب الأول ، فقيه وجهان :

أحدهما : ليس له رده لأنه استدرك ظلامته ببذعه ، ولم يزل بفسخه .

ولنا : أن سبب استحقاق الرد قائم . وإنما امتنع لتعذره بزوال ملكه . فإذا زال المانع وجب أن يجوز الرد ، كما لو رده عليه بالعيب . فعلى هذا إذا باعها المشتري لبائعه الأول ، فوجد بها عيباً كان موجوداً حال العقد الأول ، فله الرد على البائع الثاني ، ثم للثاني رده عليه . وفائدة الرد ههنا : اختلاف الثمنين ، فإنه قد يكون الثمن الثاني أكثر .

الفصل الثاني : أنه إذا باع المبيع ، ثم أراد أخذ أرضه . فظاهر كلام الخرقى . أنه لا أرض له ، سواء باعه عالماً ببذعه ، أو غير عالم . وهذا مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، لأن امتناع الرد كان بفعله . فأشبهه ماله أنلف المبيع . ولأنه قد استدرك ظلامته ببذعه ، فلم يكن له أرض ، كما لو زال العيب . وقال القاضي : إن باعه مع علمه بالعيب فلا أرض له . لرضاه به مبيعاً ، وإن باعه غير عالم بالعيب فله الأرض . نص عليه أحد ، لأن البائع لم يؤفقه ما أوجبه له العقد ، ولم يوجد منه الرضا به ناقصاً . فكان له الرجوع عليه ، كما لو أعتمقه . وقياس المذهب . أن له الأرض بكل حال ، سواء باعه عالماً ببذعه ، أو جاهلاً به . لأننا خبرناه ابتداءً بين رده وإمساكه ، وأخذ الأرض ، فبيعه والتصرف فيه بمنزلة إمساكه ، ولأن الأرض عوض الجزء الفائت من البيع ، فلم يسقط ببذعه ، ولا رضاه ، كما لو باعه عشرة أفقره ، وسلم إليه تسعة ، فباعها المشتري ، وقولهم : إنه استدرك ظلامته لا يصح ، فإن ظلامته من البائع ، ولم يستدركها منه ، وإنما ظلم المشتري ، فلم يسقط حقه بذلك من الظالم له ، وهذا هو الصحيح من قول مالك ، وذكر أبو الخطاب عن أحد في رجوع بائع المبيع بالأرض روايتين ، من غير تفريق بين علم البائع بالعيب ، وجهله به ، وعلى قول من قال : لا يستحق الأرض فإذا علم به المشتري الثاني فردّه به ، أو أخذ أرضه منه ، فلأول أخذ أرضه ،

وهو قول الشافعي إذا امتنع على المشتري الثاني رده بعيب حدث عنده . لأنه لم يستدرك ظلامته . وكل واحد من المشتريين يرجع بحصة العيب من الثمن الذي اشتراه به ، على ما ذكرناه فيما تقدم .

الفصل الثالث : إذا باع المشتري بعض العيب ، ثم ظهر على عيب . فله الأرض لما بقى في يده من المبيع ، وفي الأرض لما باعه ما ذكرنا من الخلاف فيما إذا باع الجميع ، وإن أراد رد الباقي بحصته من الثمن ، فالذي ذكره الخرقى ههنا : أن له ذلك . وقد نص عليه أحدنا ، والصحيح أنه إن كان المبيع عيناً واحدة ، أو عينين بنقصهما التفريق ، كعصراعي باب ، وزوجي خف : أنه لا يملك الرد . لما فيه من الضرر على البائع بنقص القيمة ، أو ضرر الشركة ، وامتناع الانتفاع بها على السكال ، كإباحة الوطء والاستخدام . وبهذا قال شريح ، والشمسي والشافعي ، وأبو نور ، وأصحاب الرأي ، وقد ذكر أصحابنا في غير هذا الموضع فيما إذا كان المبيع عينين بنقصهما التفريق . أنه لا يجوز رد أحدهما دون الأخرى . لما فيه من الضرر ، وفيما لو اشترى مبيعاً ، فتمتع به عنده أنه لا يملك رده إلا أن يرد أرض العيب الحادث عنده ، فلا يجوز أن يردّه في سائرنا مبيعاً بعيب الشركة ، أو نقص القيمة بغير شيء ، إلا أن يكون الخرقى أراد ما إذا دلّس البائع العيب . فإن ذلك عنده لا يسقط عن المشتري ضمان ما حدث عنده من العيب ، على ما ذكرناه فيما مضى . وإن كان المبيع عينين لا ينقصهما التفريق ، فباع أحدهما ، ثم وجد بالأخرى عيباً أو علم أنهما كانتا معيبتين ، فهل له رد الباقي في ملكه ؟ يخرج على الروابطين في تفريق الصفقة . وقال القاضي : المسألة مبنية على تفريق الصفقة ، سواء كان المبيع عيناً واحدة أو عينين . والتفصيل الذي ذكرناه أولى .

٣٩٩ (فصل) وإن اشترى عينين ، فوجد بإحدهما عيباً ، وكان ممّا لا ينقصهما التفريق ، أو ممّا لا يجوز التفريق بينهما ، كالولد مع أمه ، فليس له إردتهما جميعاً ، أو إمساكهما ، وأخذ الأرض ، وإن لم يكونا كذلك ففيهما روايتان .

إحدهما : ليس له إردتهما ، أو أخذ الأرض مع إمساكهما ، وهو ظاهر قول الشافعي ، وقول أبي حنيفة فيما قبل القبض ، لأن الرد ببعض الصفقة من المشتري ، فلم يكن له ذلك ، كما لو كانا بما ينقصهما التفريق . والثانية : له رد العيب وإمسالك الصحيح ، وهذا قول الحارث المسكلي ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وهو قول أبي حنيفة فيما بعد القبض ، لأنه رد العيب على وجه لا ضرر فيه على البائع ، فجاز ، كما لو ورد الجميع ، وفارق ما ينقص بالتفريق ، فإن فيه ضرراً ، وإن تلف أحد المبيعين ، أو تعيب ، أو وجد بالآخر ، أو بهما عيباً فأراد رده ، فالحكم فيه على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف ، وإن اختلفا في قيمة التالف ، فالقول قول المشتري مع يمينه ، لأنه منكر لما يدعيه البائع من زيادة قيمته ، ولأنه بمنزلة الغارم ، لأن قيمة التالف إذا زادت زاد قدر ما يقرمه ، فهو بمنزلة المستعير ، والغاصب ، فأما إن كان المبيعان باقيتين

معيّبين لم يوجد في أحدهما ما يمنع رده ، فأراد رده أحدهما دون الآخر . فقال القاضى : ليس له ذلك ، ولم يذكر فيه سوى المنع من رده أحدهما ، والقياس : أنها كالتى قبلها ، إذ لو كان إمساك أحدهما مانعاً من الردّ فيما إذا كانا معيّبين لمنع منه إذا كان صحيحاً .

٣٩٩١ (فصل) إذا اشترى اثنان شيئاً ، فوجده معيباً ، أو اشترط الخيارَ فرضى أحدهما ، ففيه روايتان عن أحمد ، حكاهما أبو بكر ، وابن أبي موسى .

إحداهما : لمن لم يرض الفسخ . وبه قال ابنُ أبى ليلى ، والشافعى وأبو يوسف ، ومحمد . وهو إحدى الروايتين عن مالك .

والأخرى : لا يجوز له رده ، وهو قول أبى حنيفة ، وأبى ثور ، لأنّ المبيعَ خرج عن ملكه دفعةً واحدةً غير مُشَقَّصٍ ^(١) ، فإذا رده مشتركا رده ناقصاً ، أشبه ما لو تغيّب عنده ، ووجه الأولى : أنه ردّ جميع ما ملكه بالعقد ، فجاز كما لو انفرد بشرائه ، والشركة إنّما حصلت بإيجاب البائع ، لأنه باع كلّ واحد منهما نصفها ، فخرجت عن البائع مُشَقَّصةً ، بخلاف العيب الحادث .

٣٩٩٢ (فصل) وإذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب ، فرضى أحدهما سقط حق الآخر من الردّ ، لأنه لو ردّ وحده تشقّصت السلامة على البائع ، فتضرّر بذلك ، وإنما أخرجها عن ملكه إلى واحد غير مُشَقَّصٍ ، فلا يجوز ردّ بعضها إليه مُشَقَّصاً ، بخلاف المسألة التى قبلها ، فإنّ عقد الواحد مع الاثنين عقدان فكانه باع . كلّ واحد منهما نصفها منفرداً ، فرد عليه أحدهما جميع ما باعه إيتاء ، وههنا بخلافه .

٣٩٩٣ (فصل) ولو اشترى رجل من رجلين شيئاً ، فوجده معيباً فله رده عليهما . فإن كان أحدهما غائباً ردّ على الحاضر حصته بقسطها من الثمن ، ويبقى نصيبُ الغائب فى يده حتى يقدم . ولو كان أحدهما باع الدين كلّهما بوكالة الآخر ، فالحكمُ كذلك ، سواء كان الحاضر ، الوكيل ، أو الموكل ، نصّ أحمد على قريب من هذا ، فإن أراد ردّ نصيب أحدهما ، وإمساك نصيب الآخر جاز ، لأنه ردّ على البائع جميع ما باعه ، ولا يحصل برده تشقيصٌ ، لأنّ المبيع كان مُشَقَّصاً قبل البيع .

٣٩٩٤ (فصل) فإن اشترى حلى فضة بوزنه دراهم ، فوجده معيباً ، فله رده . وليس له أخذ الأرض لإفضائه إلى التفاضل فيما يجب التماثل فيه . فإن حدث به عيب عند المشتري ، فعلى إحدى الروايتين : رده ، ويردّ أرض العيب الحادث ، ويأخذ ثمنه ، وقال القاضى : لا يجوز له رده لإفضائه إلى التفاضل . فلا يصح . لأن الردّ فسخ للعقد ، ورفع له ، فلا تبقى المعاوضة . وإنما يدفع الأرض عوضاً عن العيب الحادث عنده بمنزلة ما لو جنى عليه فى ملك صاحبه من غير بيع ، وكما لو فسخ الحاكمُ عليه .

(١) أى غير متجزئ .

وعلى الرواية الأخرى : يفسخ الحاكم البيع ، ويرد البائع الثمن ، ويُطالب بقيمة الخُلِّي . لأنه لم يمكن إهمال العيب ، ولا أخذ الأرض . ولأصحاب الشافعيّ وجهان كهاتين الروايتين . وإن تلف الخُلِّي ، فإنه يفسخ العقد ويرد قيمته ، ويسترجع الثمن . فإن تلف المبيع لا يمنع جواز الفسخ . وعندى : أن الحاكم إذا فسخ وجب ردُّ الخُلِّي ، وأرشُ ناقصه . كما قلنا فيما إذا فسخ المشتري على الرواية الأخرى ، وإنما يرجع إلى قيمته عند تعذر ردّه بتلف ، أو عجز . وليس في ردّه ، وردُّ أرشه تفاضُل . لأن المعاوضة زالت بالفسخ ، فلم يبق له مُقابل . وإنما هذا الأرش بمنزلة أرش الجناية عليه ، ولأن قيمته إذا زادت على وزنه أو نقصت عنه أفضى إلى التفاضُل . لأن قيمته عوض عنه . فلا يجوز ذلك إلا أن يأخذ قيمته من غير جنسه . ولو باع قفيزاً مما فيه الربا بمثله ، فوجد أحدهما بما أخذه عيباً ينقص قيمته ، دون كيله لم يملك أخذ أرشه ، لثلاً يُفصى إلى التفاضُل . والحكمُ فيه على ما ذكرناه في الخُلِّي بالدرهم .

٢٩٩٥ « مسألة » قال ﴿ وإن ظهر على عيب بعد إعتاقه لها أو موتها في ملكه فله الأرش ﴾

وجملته : أنه إذا زال ملك المشتري عن المبيع بعق ، أو وقف ، أو موت ، أو قتل ، أو تعذر الرد لاستيلاذ ، ونحوه قبل علمه بالعيب ، فله الأرش . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ ، إلا أن أبا حنيفة قال في المقتول خاصة : لا أرش له . لأنه زال ملكه بفعل مضمون . أشبه البيع . ولنا : أنه عيب لم يرض به ، ولم يستدرك ظلامته فيه . فكان له الأرش ، كما لو أعتقه . والبيعُ لنا فيه منع ، ومع تسليمه فإنه استدرك ظلامته فيه . وأما الهبة فمن أحمد فيها روايتان .

إحداها : أنها كالبيع . لأنه لم يَنَاس من إمكان الرد ، لاحتمال رجوع الموهوب إليه . والثانية : له الأرش . وهى أولى . ولم يذكر القاضى غيرها . لأنه ما استدرك ظلامته ، فأشبهه ماله ووقفه ، وإمكان الرد ليس بمانع من أخذ الأرش عندنا . بدليل ما قبل الهبة . وإن أكل الطعام ، أو لبس الثوب ، فأنلفه ، رجع بأرشه . وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يرجع بشيء . لأنه أهلك العين . فأشبهه ماله وقتل العبد .

ولنا : أنه ما استدرك ظلامته ، ولا رضى بالعيب ، فلم يسقط حقه من الأرش . كما لو تلف بفعل الله تعالى .

٢٩٩٦ (فصل) وإن فعل شيئاً مما ذكرناه بعد علمه بالعيب فمفهوم كلام الخِرَقِيّ : أنه لا أرش

له ، وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعيّ . وهو قياس قول القاضى . لقوله فيمن باع المبيع عالماً بعيبه : ليس له أرش . لأنه رضى به معيياً بتصرفه فيه ، مع علمه بعيبه . وقياسُ المذهب : أن له الأرش . لأن له إمساك المبيع ، والمطالبة بأرشه ، وهذا يقتزل منزلة إمساكه مع العلم بعيبه . ولأن البائع لم يوفّه ما أوجبه العقد .

فكان له الرجوع بأرشه ، كما لو أعتقه قبل علمه بعيبه . ولأن الأرض عوضُ الجزء الفائت بالعيب . فلم يسقط بتصرفه فيما سواه ، كما لو باعه عشرة أفقره فأقبضه تسعة ، فتصرف فيها .

٢٩٩٧ (فصل) فإن استغل المبيع ، أو عرضه على البيع ، أو تصرف فيه تصرفاً دالاً على الرضا به قبل علمه بالعيب لم يسقط خياره . لأن ذلك لا يدل على الرضا به معيباً . وإن فعله بعد علمه بعيبه بطل خياره في قول عامة أهل العلم . قال ابن المنذر : وكان الحسن ، وشريح ، وعبد الله بن الحسن ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأصحاب الرأي يقولون : إذا اشترى سلامة ، فعرضها على البيع لزمته . وهذا قول الشافعي . ولا أعلم فيه خلافاً . فأما الأرض : فقال ابن أبي موسى : لا يستحقه أيضاً . وقد ذكرنا أن قياس المذهب استحقاق الأرض ، قال أحمد : أنا أقول : إذا استخدم العبد ، وأراد نقصان العيب ، فله ذلك ، فأما إن احتلب اللبن الحادث بعد العقد ، لم يسقط رده . لأن اللبن له ، فلك استيفاءه من المبيع الذي يريد رده ، وكذلك إن ركب الدابة لينظر سيرها ، أو ليسقيها ، أو ليردها على بائعها . وإن استخدم الأمة ليختبرها ، أو لبس القميص ليعرف قدره لم يسقط خياره . لأن ذلك ليس برضا بالمبيع ، ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ، وإن استخدمها لغير ذلك استخداماً كثيراً بطل رده ، فإن كانت يسيرة لا تختص المالك لم يبطل الخيار ، قيل لأحمد : إن هؤلاء يقولون : إذا اشترى عبداً ، فوجده معيباً ، فاستخدمه بأن يقول : ناولني هذا الثوب ، يعني بطل خياره . فأنكر ذلك ، وقال : من قال هذا ؟ أو من أين أخذوا هذا ؟ ليس هذا برضا حتى يكون شيء يبين . وقد نقل عنه في بطلان الخيار بالاستخدام روايتان . وكذلك يخرج ههنا .

٢٩٩٨ (فصل) وإن أبق العبد ، ثم علم عيبه ، فله أخذُ أرشه . فإن أخذه ثم قدر على العبد ، فإن لم يكن معروف الإباق قبل البيع ، فقد تعيب عند المشتري . فهل يملك رده وردّ أرش العيب الحادث عنده ، والأرش الذي أخذه ؟ على روايتين ، وإن كان أبقا فله رده ، وردّ ما أخذه من الأرض ، وأخذ ثمنه ، وقال الثوري ، والشافعي : ليس للمشتري أخذ أرشه ، سواء قدر على رده ، أو عجز عنه ، إلا أن يهلك . لأنه لم يئأس من رده . فهو كما لو باعه .

ولنا : أنه معيب لم يرض به ، ولم يستدرك ظلّامته فيه . فكان له أرشه ، كما لو أعتقه ، وفي البيع استدرك ظلّامته ، بخلاف مسائلنا .

٢٩٩٩ (فصل) وإذا اشترى عبداً ، فأعتقه ، ثم علم به عيباً ، فأخذ أرشه فهو له . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يجعله في الرقاب . وهو قول الشافعي . لأنه من جملة الرقبة التي جعلها الله ، فلا يرجع إليه شيء من بدلها .

ولنا : أن العتق إنما صادف الرقبة المعيبة ، والجزء الذى أخذ بدله ما تناوله عتق ، ولا كان موجوداً ، ولأن الأرض ليس بدلاً عن العبد ، إنما هو جزء من الثمن جعل مقابلاً للجزء الفائت ، فلما لم يحصل ذلك الجزء من المبيع رجع بقدره من الثمن . فسكانته لم يصح العقد فيه ، ولهذا رجع بقدره من الثمن ، لا من قيمة العبد ، وكلام أحمد فى الرواية الأخرى يحمل على استحباب ذلك ، لا على وجوبه ، قال القاضى : إنما الروايتان فيما إذا أعتقه عن كفارته . لأنه إذا أعتقه عن الكفارة لا يجوز أن يرجع إليه بشيء من بدلها ، كالكاتب إذا أدى من كتابته شيئاً .

ولنا : أنه أُرش عبد أعتقه . فكان له كما لو تبرع بعقه .

٣٠٠٠ « مسألة » قال : « فإن ظهر على عيب يمكن حدوثه قبل الشراء أو بعده ، حلف المشتري ،

وكان له الرد أو الأرش »

وجملة ذلك : أن المتبايعين إذا اختلفا فى العيب : هل كان فى المبيع قبل العقد ، أو حدث عند المشتري ؟

لم يخل من قسمين .

أحدهما : أن لا يحتمل إلا قول أحدهما . كالإصبع الزائدة ، والشجعة المندمعة التى لا يمكن حدوث مثلها ، والجرح الطرى الذى لا يحتمل كونه قديماً . فالقول قول من يدعى ذلك بغير يمين ، لأننا نعلم صدقه ، وكذب خصمه . فلا حاجة إلى استخلافه .

والثانى : أن يحتمل قول كل واحد منهما ، كالخروج فى الثوب ، والرفو ، ونحوهما ، ففيه روايتان . إحداهما : القول قول المشتري ، فيحلف بالله أنه اشتراه ، وبه هذا العيب ، أو أنه ما حدث عنده . ويكون له الخيار . لأن الأصل عدم القبض فى الجزء الفائت ، واستحقاق ما يقابله من الثمن ، ولزوم العقد فى حقه . فكان القول قول من بنى ذلك ، كما لو اختلفا فى قبض المبيع .

والثانية . القول قول البائع مع يمينه . فيحلف على حسب جوابه ، إن أجاب أنى بعته بريئاً من العيب حلف على ذلك ، وإن أجاب بأنه لا يستحق على ما يدعى من الرد ، حلف على ذلك ، ويمينه على البت ، لا على نفي العلم ، لأن الأيمان كلها على البت ، لا على نفي فعل الغير . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . لأن الأصل سلامة المبيع ، وصحة العقد ، ولأن المشتري يدعى عليه استحقاق فسخ البيع ، وهو ينكره ، والقول قول المنكر .

٣٠٠١ (فصل) وإذا باع الوكيل ، ثم ظهر للمشتري على عيب كان به ، فله رده على الموكل ، لأن المبيع يرد بالعيب على من كان له ، فإن كان العيب مما يمكن حدوثه ، فأقر به الوكيل ، وأنكره الموكل ، فقال أبو الخطاب : يُقبل إقراره على موكله بالعيب ، لأنه أمرٌ يستحق به الرد ، فيقبل إقرار الوكيل به

على موكله ، كخيار الشرط . وقال أصحاب أبي حنيفة ، والشافعى : لا يُقبل إقرار الوكيل بذلك ، وهو أصح . لأنه إقرار على الغير ، فلم يُقبل كالأجنبي ، فإذا ردّه المشتري على الوكيل لم يملك الوكيل ردّه على الموكل ، لأنه ردّه بإقراره ، وهو غير مقبول على غيره ، ذكره القاضى ، فإن أنكره الوكيل ، فتوجهت اليقين عليه ، فتسكّل عنها ، فردّ عليه بنكوله ، فهل له ردّه على الموكل ؟ على وجهين : أحدهما : ليس له ردّه ، لأن ذلك يجرى مجرى إقراره .

والثانى : له ردّه ، لأنه يرجع إليه بغير اختيار ، أشبه ما لو قامت به بيّنة .

٣٠٠٢ (فصل) ولو اشترى جارية على أنها بكر ، ثم قال المشتري : إنما هى ثيب ، أريت النساء التفقات ، ويُقبل قول امرأتها ثقة ، فإن وطئها المشتري ، وقال : ما أصبتها بكراً خرج فيه وجهان ، بناء على الروايتين فيما إذا اختلفا فى العيب الحادث .

٣٠٠٣ (فصل) وإن ردّ المشتري السلعة بعيب فيها ، فأنكر البائع كونها سلعته ، فالقول قول البائع مع يمينه . وبه قال أبو ثور ، وأصحاب الرأى ، ونحوه قال الأوزاعى . فإنه قال فيمن صرف درهم بدنانير ، ثم رجع بدرهم ، فقال الصيرفى : ايس هذا درهمى ، يخاف الصيرفى بالله ، لقد وفيتكّه ، ويبرأ . لأن البائع منكر كون هذه سلعته ، ومنكر لاستحقاق الفسخ ، والقول قول المنكر . فأما إن جاء ليردّ السلعة بخيار ، فأنكر البائع أنها سلعته . فحكى ابن المنذر عن أحمد : أن القول قول المشتري . وهو قول الثورى ، وإسحاق ، وأصحاب الرأى . لأنهما اتفقا على استحقاق فسخ العقد ، والردّ بالعيب بخلافه .

٣٠٠٤ « مسألة » قال (وإذا اشترى شيئاً ما كوله فى جوفه ، فكسره ، فوجده فاسداً . فإن لم يكن لمكسوره قيمة ، كبيض الدجاج ، رجع بالثمن على البائع . وإن كان لمكسوره قيمة ، كجوز الهند ، فهو مخير فى الردّ ، وأخذ الثمن . وعليه أرش الكسر ، أو يأخذ ما بين صحيحه ومعيّبه) .

وبجمله ذلك : أنه إذا اشترى ما لا يطلع على عيبه إلا بكسره ، كالبطيخ ، والرمان ، والجوز ، والبيض ، وكسره فبان عيبه . ففيه روايتان :

إحداهما : لا يرجع على البائع بشيء ، وهو مذهب مالك ، لأنه ليس من البائع تدليس ، ولا تفریط ، لعدم معرفته بمعيّبه : وكونه لا يمكنه الوقوف عليه إلا بكسره ، فجرى مجرى البراءة من العيوب .

والثانية : يرجع عليه ، وهى ظاهر المذهب ، وقول أبي حنيفة ، والشافعى ، لأن عقد البيع يقتضى السلامة من عيب لم يطلع عليه المشتري . فإذا بان معيّباً ثبت له الخيار . ولأن البائع إنما يستحقّ ثمن المعيب

دون الصحيح ، لأنه لم يملكه صحيحاً ، فلا معنى لإيجاب الثمن كله ، وكونه لم يفرط لا يقتضى أن يجب له ثمن ما لم يُسلَّمه ، بدليل العيب الذى لم يعلمه فى العبد .

إذا ثبت هذا فإن المبيع إن كان مما لا قيمة له مكسوراً ، كبيض الدجاج الفاسد ، والرمان الأسود ، والجوز الخرب ، والبطيخ الثالف ، رجع بالثمن كله ، لأن هذا تبين به فساد العقد من أصله ، لكونه وقع على ما لا نفع فيه . ولا يصح بيع ما لا نفع فيه كالحشرات ، والميتات ، وليس عليه أن يرد المبيع إلى البائع ، لأنه لا فائدة فيه .

الثانى : أن يكون مما لمعيبه قيمة كجوز الهند وبيض النعام ، والبطيخ الذى فيه نفع ، ونحوه ، فإذا كسره نظرت . فإن كان كسراً لا يمكن استعمال المبيع يدونه ، فالمشتري بخير بين رده وردّ أرش الكسر ، وأخذ الثمن ، وبين أخذ أرش عيبه ، وهو قسط ما بين صحيحه ، ومعيبه . وهذا ظاهر كلام الخرقي . وقال القاضى : عندى لا أرش عليه لكسره . لأن ذلك حصل بطريق استعمال العيب ، والبائع سلطه عليه ، حيث علم أنه لا تعلم له صحته من فساده بغير ذلك . وهذا قول الشافعى . ووجه قول الخرقي : أنه نقص لم يمنع الرد ، فلزم ردّ أرشه ؛ كالمصرّاة إذا حلبها ، والبكر إذا وطئها . وبهذين الأصلين يبطل ما ذكره . فإنه لاستعمال العيب . والبائع سلطه عليه . بل ههنا أولى . لأنه تدليس من البائع ، والتصرية حصلت بتدليسه . وإن كان كسراً يمكن استعمال المبيع يدونه إلا أنه لا يتلف المبيع بالكلية . فالحكم فيه كالذى قبله فى قول الخرقي ؛ وهو قول القاضى أيضاً ، والمشتري بخير بين رده وأرش الكسر : وأخذ الثمن ، وبين أخذ أرش العيب ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . والرواية الثانية : ليس له ردّه ، وله أرش العيب ، وهذا قول أبى حنيفة ، والشافعى ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدّم ، وإن كسره كسراً لا يبقى له قيمة ؛ فله أرش العيب لا غير ، لأنه أتلفه ، وقدر أرش العيب : قسط ما بين الصحيح ، والعيب من الثمن ، فيقوم المبيع صحيحاً ، ثم يقوم معيباً غير مكسور ، فيكون للمشتري قدر ما بينهما من الثمن على ما مضى شرحه .

٣٠٠٥ (فصل) ولو اشترى ثوباً ، فنشره ، فوجده معيباً . فإن كان مما لا ينقصه النشر ردّه . وإن كان ينقصه النشر كالمسحجاني الذى يطوى طاقين ملتصقين ، جرى ذلك مجرى جوز الهند ، على التفصيل المذكور فيما إذا لم يزد على ما يحصل به استعمال المبيع ، أو زاد . كنشر من لا يعرف . وإن أحب أخذ أرشه فله ذلك بكل حال .

٣٠٠٦ (فصل) إذا اشترى ثوباً فصبغه ، ثم ظهر على عيب ، فله أرشه لا غير . وبهذا قال أبو حنيفة . وعن أحمد : أن له ردّه ، وأخذ زيادته بالصبغ . لأنها زيادة ، فلا تمنع الرد ، كالسمن ،

والكسب . والأول أولى . لأن هذا معاوضة ، فلا يُجبرُ البائعُ على قبولها ، كسائر المعاوضات . وفارق السَّمنَ والكسبَ . فإنه لا يأخذُ عن السَّمنِ عوضاً ، والكسبُ للمشتري ، لا يردّه ، ولا يُماوَضُ عنه . وإن قال البائع : أنا آخذُهُ وأعطى قيمة الصنيع لم يلزم المشتري ذلك . وقال الشافعي : ليس للمشتري إلا ردّه . لأنه أمكنه ردّه ، فلم يملك أخذ الأرض ، كالمؤمن عهده ، أو كسب .

ولنا : أنه لا يمكنه ردّه إلا بردّ شيء من ماله معه . فلم يسقط حقّه من الأرض بامتناعه من ردّه . كما لو تعيَّب عنده ، وطلب البائع أخذه مع أرض العيب الحادث . والأصل لانسائه . فإنه يستحق أخذ الأرض ، إذا أراد به بكلّ حال .

٣٠٠٧ (فصل) يصح بيع العبد الجاني ، سواء كانت الجناية عمداً ، أو خطأ على النفس وما دونها ، موجبة لانقصاص ، أو غير موجبة له . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي في أحد قوليه . وقال في الآخر : لا يصح بيعه . لأنه تملق برقبته حق آدمي ، فمنع صحة بيعه كالرهن ، بل حق الجناية آكد . لأنها تقدّم على حق المرتهن .

ولنا : أنه حق غير مستقرّ في الجاني ، يملك أدائه من غيره ، فلم يمنع البيع ، كالزكاة ، أو حق يثبت بغير رضا سيده ، فلم يمنع بيعه ، كالدين في ذمته ، أو تعرّف في الجاني ، لحجاز ، كالمعتق . وإن كان الحق قصاصاً فهو رُجى سلامته ، ويُخشى تلفه . فأشبهه المريض . أما الرهن فإن الحق متمم فيه ، لا يملك سيده إبداله ، ثبت الحق فيه برضاه ، وثيقة للدين . فلو أبطله بالبيع سقط حق الوثيقة الذي التزمه برضاه ، واختياره .

إذا ثبت هذا ، فمضى بآءه ، وكانت الجناية موجبة للمال ، أو القوّد ، فعفى عنه إلى مال ، فعلى السيد فداؤه بأقلّ الأسرين ، من قيمته ، أو أرض جنائته ، ويزول الحق عن رقبة العبد ببيعته . لأن لاسيد الخيرة بين تسليمه ، وفدائه . فإن باعه تمّين عليه فداؤه ، لإخراج العبد من ملكه . ولا خيار للمشتري ، لعدم الضرر عليه ، إذ الرجوع على غيره . هذا إذا كان السيد مؤسراً . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يلزم السيد فداؤه . لأن أكثر ما فيه أنه التزم فداؤه ، فلا يلزمه ذلك ، كما لو قال الراهن : أنا أقضى الدين من الرهن .

ولنا : أنه زال ملكه عن الجاني ، فلزمه فداؤه . كما لو قتله ، بخلاف الرهن . وبهذا قال أبو حنيفة ، وإن كان البائع معسراً لم يسقط حق الجاني عليه من رقبة الجاني . لأن البائع إنما يملك نقل حقه عن رقبته بفدائه ، أو ما يقوم مقامه ، ولا يحصل ذلك في ذمة المعسر ، فيبقى الحق في رقبته بحاله ، مقدّماً على حق المشتري ، وللمشتري خيار الفسخ إن كان غير عالم ببقاء الحق في رقبته ، فإن فسخ رجوع بالثمن ، وإن لم يفسخ وكانت الحفاية مستوعبة لرقبة العبد فأخذ بها ، رجوع المشتري بالثمن أيضاً ، لأن أرض مثل هذا جميع ثمنه ، وإن كانت غير مستوعبة لرقبته . رجوع بقدر أرضه . وإن كان عالماً ببيعته راضياً بتعاقب الحق

به لم يرجع بشيء ، لأنه اشترى مبيعاً عالمياً بعيبه . فإن اختار المشتري فداءه فله ذلك ، والبيعُ بحاله . لأنه يقوم مقام البائع في الخيرة بين تسليمه ، وفدائه . وحكمه في الرجوع بما فداه به على البائع حكم قضاء الدين عنه . فإن كانت الجناية موجبة للقصاص فالمشتري الخيار بين الرد ، وأخذ الأرض . فإن اقتصر منه تعين الأرض ، وهو قسط قيمة ما بينه جانباً ، وغير جانٍ ، ولا يبطل البيع من أصله . وبهذا قال أصحاب الشافعي : يرجع بجميع الثمن ، لأن تلفه كان بمعنى استحقاق عند البائع ، فجري مجرى إتلافه إياه .

ولنا : أنه تلف عند المشتري بالمعيب الذي كان فيه ، فلم يوجب الرجوع بجميع الثمن ، كما لو كان مريضاً ، فمات بدائه ، أو مُرْتَدّاً فقتل برّدته ، وما ذكروه من مقتض بما ذكرناه ، ولا يصح قياسهم على إتلافه ، لأنه لم يتلفه ، فما اشتركا في المقتضى ، ولو كانت الجناية موجبة لقطع يده ، فقطعت عند المشتري ، فقد تعيب في يده ، لأن استحقاق القطع دون حقيقته ، فهل يمنع ذلك ردة بعيبه ؟ على روايتين ، ومتى اشتراه علماً بعيبه لم يكن له ردة ، ولا أرض كسائر المعيبات ، وهذا قول الشافعي .

٣٠٠٨ (فصل) وحكم المرتد حكم القاتل في صحة بيعه ، وسائر أحكامه المذكورة فيه . فإن قتله غير متعمد لا حتم رجوعه إلى الإسلام . وكذلك القاتل في المحاربة ، إذا تاب قبل القدرة عليه . فإن لم يقب حتى قُدر عليه ، فقال أبو الخطاب هو كالقاتل في غير محاربة ، لأنه عبد قين يصح إعتاقه ، ويملك استخدامه ، فصحت بيعه ، كغير القاتل ، ولأنه يمكنه الانتفاع به ، إلى حال قتله ، ويعتقه فينجز به ولاء أولاده . فجاز بيعه كالمرضى المأبوس من برثته ، وقال القاضي : لا يصح بيعه ، لأنه تحتم قتله ، وإتلافه ، وإذهاب ماله ، وحرمانه بقاءه ، فصار بمنزلة ما لا نفع فيه من الحشرات ، والميتات ، وهذه المنفعة اليسيرة مفضية به إلى قتله ، لا يتمد بها تحلاً للبيع ، كالمنفعة الحاصلة من الميتة لسد بئق ، أو إطعام كلب ، والأول أصح ، فإنه كان تحلاً للبيع ، والأصل بقاء ذلك فيه ، وانحتمام إتلافه لا يحمله تالفاً ، بدليل أن أحكام الحياة من التكليف ، وغيره لا تسقط عنه ، ولا تذهب أحكام الموتى له من إرث ماله ، ونفوذ وصيته ، وغيرها ، ولأن خروجه عن حكم الأصل لا يثبت إلا بدليل ، ولا نص في هذا ، ولا إجماع ، ولا يصح قياسه على الحشرات ، والميتات ، لأن تلك لم تكن فيها منفعة فيما مضى ، ولا في الحال ، وعلى أن هذا التحتم يمكن زواله لمّا ثبت به من الرجوع عن الإقرار ، وإن كان ثبت به ، أو رجوع البيّنة ، ولو لم يمكن زواله فأكثر ما فيه تحقق تلفه ، وذلك يجعله كالمرضى المأبوس من برثته ، وبيعه جائز .

٣٠٠٩ « مسألة » قال ﴿ ومن باع عبداً وله مال فماله للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع إذا كان

فصله للعبد لا للمال ﴾ .

وجملة ذلك : أن السيد إذا باع عبده ، أو جاريته ، وله مال مَلَكَه إِيَّاهُ مولاه ، أو خصَّه به . فهو للبائع . لما رَوَى ابنُ عمر أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال : « مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَلَهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَه . ولأنَّ العبدَ وماله للبائع . فإذا باع العبدَ اختصَّ البائعُ به ، دون غيره ، كما لو كان له عبدان ، فباع أحدهما . وإن اشترطه المُبتاع كان له ، لا لغيره . وَرَوَى ذَلِكَ نَافِعٌ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَقَضَى بِهِ شُرَيْحٌ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، قَالَ الْخِرَاقِيُّ : إِذَا كَانَ قَصْدُهُ لِلْعَبْدِ ، لَا لِلْمَالِ . هَذَا مَنْصُوصٌ أَحَدٌ ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَعُثْمَانَ الْبَتِّيِّ . وَمَعْنَاهُ : أَنَّهُ لَا يَقْصِدُ بِالْبَيْعِ شُرَاءَ مَالِ الْعَبْدِ ، إِنَّمَا يَقْصِدُ بَقَاءَ الْمَالِ لِعَبْدِهِ ، وَإِقْرَارَهُ فِي يَدِهِ ، فَتَمَّتْ كَذَلِكَ صَحَّةُ اشْتِرَاطِهِ ، وَدَخَلَ فِي الْبَيْعِ بِهِ ، وَسِوَاكَ كَانَ الْمَالُ مَعْلُومًا ، أَوْ مَجْهُولًا ، مِنْ جِنْسِ الثَّمَنِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِ ، عَيْنًا كَانَ أَوْ دَيْنًا ، وَسِوَاكَ كَانَ مِثْلَ الثَّمَنِ ، أَوْ أَقَلَّ . أَوْ أَكْثَرَ . قَالَ الْبَتِّيُّ : إِذَا بَاعَ عَبْدًا بِأَلْفِ دِرْهَمٍ ، وَمَعَهُ أَلْفُ دِرْهَمٍ ، فَالْبَيْعُ جَائِزٌ ، إِذَا كَانَتْ رَغْبَةُ الْمُبْتَاعِ فِي الْعَبْدِ ، لَا فِي الدِّرَاهِمِ . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ تَبَعًا غَيْرَ مَقْصُودٍ . فَأَشْبَهَ أَسَاسَاتِ الْخِيَطَانِ ، وَالتَّمْوِيَةِ بِالذَّهَبِ فِي السَّقُوفِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَالُ مَقْصُودًا بِالشَّرَاءِ ، جَازَ اشْتِرَاطُهُ إِذَا وَجِدْتَ فِيهِ شُرَاطُ الْبَيْعِ ، مِنْ الْعِلْمِ بِهِ ، وَأَنْ لَا يَكُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الثَّمَنِ رِبَاً ، كَمَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ فِي الْعَيْنَيْنِ الْمُبَيَّعَتَيْنِ . لِأَنَّهُ مَبِيعٌ مَقْصُودٌ . فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ضُمَّ إِلَى الْعَبْدِ عَيْنًا أُخْرَى ، وَبَاعَهُمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا يَنْبَغِي عَلَى كَوْنِ الْعَبْدِ يَمْلِكُ ، أَوْ لَا يَمْلِكُ . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَمْلِكُ ، فَاشْتَرَطَ الْمُشْتَرِي مَالَهُ صَارَ مَبِيعًا مَعَهُ ، فَاشْتَرَطَ فِيهِ مَا يُشْتَرَطُ فِي سَائِرِ الْمَبِيعَاتِ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَإِنْ قُلْنَا : يَمْلِكُ ، احْتُمِلَتْ . فِيهِ الْجَهَالَةُ ، وَغَيْرُهَا مِمَّا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . لِأَنَّهُ تَبَعَ فِي الْبَيْعِ ، لَا أَصْلٌ . فَأَشْبَهَ طَيَّ الْآبَارِ . وَهَذَا خِلَافُ نَصِّ أَحْمَدَ ، وَقَوْلِ الْخِرَاقِيِّ . لِأَنَّهُمَا جَعَلَا الشَّرْطَ الَّذِي يَخْتَلِفُ الْحُكْمُ بِهِ قَصْدَ الْمُشْتَرِي دُونَ غَيْرِهِ . وَهُوَ أَصَحُّ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَاحْتِمَالُ الْجَهَالَةِ فِيهِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ مَقْصُودٍ ، كَمَا ذَكَرْنَا ، كَاللَّابِنِ فِي ضَرْعِ الشَّاةِ الْمُبِيعَةِ ، وَالْحُلِّ فِي بَطْنِهَا ، وَالصَّوْفِ عَلَى ظَهْرِهَا ، وَأَشْبَاهَ ذَلِكَ . فَإِنَّهُ مَبِيعٌ ، وَيَحْتَمِلُ فِيهِ الْجَهَالَةُ ، وَغَيْرُهَا ، لَمَّا ذَكَرْنَا . وَقَدْ قِيلَ : إِنْ كَانَ الْمَالُ لَيْسَ بِمَبِيعٍ هَهُنَا . وَإِنَّمَا اسْتَبَقَاهُ الْمُشْتَرِي عَلَى مَلَكِ الْعَبْدِ ، لَا يَزُولُ عَنْهُ إِلَى الْبَائِعِ . وَهُوَ قَرِيبٌ مِنْ الْأَوَّلِ .

٣٠١٠ (فصل) وإذا اشترى عبداً واشترط ماله ، ثم ردَّ العبدَ بعيب ، أو خيار ، أو إقالة ردَّ

ماله معه . وقال داود : يردُّ العبدَ دون ماله . لأنَّ ماله لم يدخل في البيع ، فأشبهه النماء الحادث عنده .

ولنا : أنه عينُ مالٍ أخذها المشتري ، لا تحصل بدون البيع ، فيردُّها بالفسخ كالعبد . ولأنَّ العبدَ

إذا كان ذا مالٍ كانت قيمته أکثر ، فأخذ ماله ينقص قيمته فلم يملك ردَّه ، حتى يدفع ما يُزيل نقصه .

فإن تلف ماله ، ثم أراد رده ، فهو بمنزلة العيب الحادث عند المشتري ، هل يمنع الرد ؟ على روايتين ، فإن قلنا : يردّه ، فعليه قيمة ما أتلف ، قال أحمد : في رجل اشترى أمة معها قنّاع ، فاشترطه ، وظهر على عيب ، وقد تلف القنّاع : غرّم قيمته بحصته من الثمن .

٣٠١١ (فصل) وما كان على العبد ، أو الجارية من الخلي ، فهو بمنزلة ماله ، على ما ذكرنا . فأما الثياب ، فقال أحمد : ما كان يلبسه عند البائع فهو للمشتري . وإن كانت ثياباً يلبسها فوق ثيابه ، أو شيئاً يزينه به ، فهو للبائع ، إلا أن يشترطه المبتاع . يعني أن الثياب التي يلبسها عادة للخدمة ، والبدلة تدخل في البيع ، دون الثياب التي يتجمل بها . لأن ثياب البدلة جرت العادة ببيعها معه . ولأنها تتعلق بها مصلحته ، وحاجته ، إذ لا غناء له عنها ، فحرت مجرى مفاتيح الدار ، بخلاف ثياب الجلال ، فإنها زيادة على العادة ، ولا تتعلق بها حاجة العبد . وإنما يلبسها لإتانه لينفقها بها . وهذه حاجة السيد ، لا حاجة العبد ، ولم تجر العادة بالمساحة فيها ، فحرت مجرى السطور في الدار ، والدابة التي يركبها عليها ، مع دخولها في الخبر ، وبقائها على الأصل . وقال ابن عمر « من باع وليدة زينة بثياب فلا يذى اشتراها ما عليها ، إلا أن يشترطه الذي باعها » وبه قال الحسن ، والنخعي .

ولنا : الخبر الذي رواه ابن عمر ، ولأن الثياب لم يتناولها لفظ البيع ، ولا جرت العادة ببيعها معه ، أشبه سائر مال البائع . ولأنه زينة للبيع . فأشبه ما لو زين الدار ببساط ، أو ستر .

٣٠١٢ (فصل) ولا يملك العبد شيئاً إذا لم يملكه سيده في قول عامة أهل العلم . وقال أهل الظاهر : يملك ، لدخوله في عموم قوله تعالى (٢ : ٢٩ خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال » فأضاف المال إليه بلام التملك .

ولنا : قوله تعالى (١٦ : ٧٥ ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) ولأن سيده يملك عيفه ، ومنافعه . فاحصل بذلك يجب أن يكون لسيده ، كهيئته . فأما إن ملكه سيده شيئاً ، ففيه روايتان .

إحداها : لا يملكه . وهو ظاهر قول الخرقي . فإنه قال : والسيد يزكي عما في بد عبده ، لأنه ماله ، وقال : والعبد لا يرث ، ولا مال له فيورث عنه . وهو اختيار أبي بكر ، وقول أبي حنيفة ، والثوري ، وإسحاق ، والشافعي في الجديد . لأنه مملوك ، فلم يملك ، كالبهيمة .

والثانية : يملك . وهي أصح عندي . وهو قول مالك ، والشافعي في القديم للآية والخبر . ولأنه آدمي حتى ، فملك كالحر . ولأنه يملك في النكاح ، فملك في المال ، كالحر . ولأنه يصح الإقرار له . فأشبه الحر . وما ذكره تعليل بالانتماء . ولا يثبت اعتباره إلا أن يوجد مقتضى في الأصل . ولم يوجد

في البهيمة ما يقتضى ثبوت الملك لها . وإنما انتفى ملكها لعدم الاقتضى له ، لا لكونها مملوكة ، وكونها مملوكة عديم الأثر . فإن سائر البهائم التي ليست مملوكة من الصيود ، والوحوش لا تملك ، وكذلك الجمادات . وإذا بطل كون ما ذكره مانعاً ، وقد تحقق مقتضى ، لزم ثبوت حكمه . والله أعلم .

٣٠١٣ « مسألة » قال ﴿ ومن باع سلعة بنسيئة لم يجز أن يشتريها بأقل مما باعها به ﴾

وجملة ذلك : أن من باع سلعة بشئ مؤجل ، ثم اشتراها بأقل منه نقداً ، لم يجز في قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن ابن عباس ، وعائشة ، والحسن ، وابن سيرين ، والشعبي ، والنخعي . وبه قال أبو الزناد ، وربيعة ، وعبد العزيز بن أبي سلمة ، والثوري ، والأوزاعي ، ومالك ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وأجازه الشافعي . لأنه ثمن يجوز بيعها به من غير بائعها ، فجاز من بائعها ، كما لو باعها بمثل ثمنها .

ولنا : ما روى غندر ، عن شعبة ، عن أبي إسحاق السبيعي ، عن امرأته العالية بنت أبيق ابن شريحيل : أنها قالت « دخلت أنا وأم ولد زيد بن أرقم ، وامرأته على عائشة رضي الله عنها ، فقالت أم ولد زيد بن أرقم : إني بعثت غلاماً من زيد بن أرقم بثمانمائة درهم إلى العطاء . ثم اشتريته منه بستمانمائة درهم . فقالت لها : بئس ما شريت ، وبئس ما اشتريت . أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إلا أن يتوب » رواه الإمام أحمد ، وسعيد ابن منصور . والظاهر : أنها لا تقول مثل هذا التغليظ ، وتقدم عليه إلا بتوقيف سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم . فجري مجرى روايتها ذلك عنه . ولأن ذلك ذريعة إلى الربا ، فإنه يدخل الساعة يستبيع بيع ألف بمسمائة ، إلى أجل معلوم . وكذلك روى عن ابن عباس في مثل هذه المسألة : أنه قال « أرى مائة بخمسين ينسهما حريرة » يعني خرقة حرير جملاًها في بيعيهما . والذرائع معتبرة لما قدمناه . فأما بيعها بمثل الثمن ، أو أكثر فيجوز . لأنه لا يكون ذريعة . وهذا إذا كانت السلعة لم تنقص عن حالة البيع . فإن نقصت مثل أن هزل العبد ، أو نسي صناعة ، أو تخرق الثوب ، أو بلى ، جاز له شراؤها بما شاء . لأن نقص الثمن لنقص للبيع ، لا للتوصل إلى الربا . وإن نقص سعرها ، أو زاد ، لذلك أو لمعنى حدث فيها ، لم يجز بيعها بأقل من ثمنها ، كما لو كانت بحالها . نص أحمد على هذا كله .

٣٠١٤ (فصل) وإن اشتراها بعرض ، أو كان بيعها الأول بعرض فاشتراها بنقد ، جاز . وبه قال أبو حنيفة . ولا نعلم فيه خلافاً . لأن التحريم إنما كان لشبهة الربا . ولا ربا بين الأثمان ، والعروض . فأما إن باعها بنقد ، ثم اشتراها بنقد آخر ، مثل أن يبيعها بمائتي درهم ، ثم اشتراها بعشرة دنانير ، فقال أصحابنا : يجوز . لأنهما جنسان ، لا يحرم المفاضل بينهما . فجاز ، كما لو اشتراها بعرض ، أو بمثل الثمن .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز استحساناً . لأتاهما كالشيء الواحد في معنى الثمنية . ولأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا . فأشبه ما لو باعها بجنس الثمن الأول . وهذا أصح . إن شاء الله تعالى .

٣٠١٥ (فصل) وهذه المسألة تسمى مسألة العينة . قال الشاعر :

أَذْنَابُ أُمِّ نَعْتَانُ أُمِّ بَنْبَرِي لَفَا فَي مِثْلُ نَضْلِ السَّيْفِ مِيزَتْ مَضَارِبُهُ (١)

فقوله « نعتان » أى نشترى عينة مثل ما وصفنا . وقد روى أبو داود بإسناده عن ابن عمر ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعِيْنَةِ ، وَآخِذْتُمْ بِأَذْنَابِ الْبَقَرِ (٢) ، وَرَضَيْتُمْ بِالزَّرْعِ ، وَتَرَكَتُمُ الْجِهَادَ سَلَّطَ اللَّهُ عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ » وهذا وعيد بدل على التحريم . وقد روى عن أحمد أنه قال : العينة أن يكون عند الرجل المتاع فلا يبيعه إلا بنسيئة . فإن باعه بنقد ونسيئة ، فلا بأس . وقال : أكره للرجل أن لا يكون له تجارة غير العينة ، لا يبيع بنقد . وقال ابن عقيل : إنما كره النسيئة لمضارعتها الربا . فإن الغالب أن البائع بنسيئة يقصد الزيادة بالأجل ؛ ويجوز أن تكون العينة اسماً لهذه المسألة ، ولا يبيع بنسيئة جميعاً . لكن البيع بنسيئة ليس بمحرّم اتفاقاً . ولا يُكره إلا أن لا يكون (٣) له تجارة غيره .

٣٠١٦ (فصل) وإن باع سلمة بنقد ، ثم اشتراها بأكثر منه نسيئة ، فقال أحمد في رواية حرب لا يجوز ذلك ، إلا أن يغيّر السلمة . لأن ذلك يتخذ وسيلة إلى الربا ، فأشبه مسألة العينة . فإن اشتراها بنقد آخر ، أو بسلمة أخرى ، أو بأقل من ثمنها نسيئة ، جاز . لما ذكرناه في مسألة العينة . ويحتمل أن يجوز له شراؤها بجنس الثمن ، بأكثر منه ، إلا أن يكون ذلك عن مواطأة ، أو حيلة فلا يجوز . وإن

(١) ندان : نستدين وتقترض ، وأصلها ندين على وزن تفعل من الدين فقلت الياء ألفاً لتحركها وانفتاح ما قبلها فصارت ندتان ، ثم أدغمت التاء في الدال بعد قلبها دالا فصارت ندان وندتان ، أصلها نعتين على وزن تفعل أيضاً من العينة ، فقلت الياء ألفاً كما سبق في ندان ، وبيع العينة هو بيع الشيء بثلثين بجنس ، ثم شراؤه بثلثين مرتفع احتيالا على الربا وهو حرام كما سبق .

(٢) أخذتم بأذنان البقر : أذنان البقر ، السياط التي يضرب بها الحكام الشعب ، وقد ورد في الحديث أنه يأتي في آخر الزمان ناس معهم مثل أذنان البقر يضربون بها الناس ، أى إذا جار الحكام ، وظلموا الشعوب وضربوهم بالسياط ، ورضيتهم بالزرع وتركتم الجهاد ، أى رضيتهم بالدنيا من الآخرة ، وفضلتم الكسل والقعود عن الحرب .

(٣) لفظ (لا) ساقط من جميع النسخ المطبوعة ، ولم يذبه عليه في الخطأ والصواب في جميعها ، ولا بد منه ، لأن البيع بالنسيئة لا يكره إلا إذا اختص البائع بهذا النوع من البيع .

وقع ذلك اتفاقاً من غير قصد ، جاز . لأن الأصل حلّ البيع ، وإنما حرّم في مسألة العينة بالأثر الوارد فيه .
وإيس هذا في معناه . ولأن التوسّل بذلك أكثر . فلا يلتحق به ما دونه . والله أعلم .

٣٠١٧ (فصل) وفي كل موضع قلنا : لا يجوز له أن يشتري ، لا يجوز ذلك لو كيله ، لأنه قائم مقامه . ويجوز لغيره من الناس ، سواء كان أباه ، أو ابنه ، أو غيرها . لأنه غير البائع ، ويشتري لنفسه . فأشبهه الأجنبي .

٣٠١٨ (فصل) ومن باع طعاماً إلى أجل ، فلهما حلّ الأجل أخذ منه بالثمن الذي في ذمته طعاماً قبل قبضه ؛ لم يجوز . روى ذلك عن ابن عمر ، وسعيد بن المسيّب ، وطاوس ، وبه قال مالك ، وإسحاق ، وأجازاه جابر بن زيد ، وسعيد بن جبّير ، وعليّ بن حسين ، والشافعيّ ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي ، قال عليّ بن حسين : إذا لم يمكن لك في ذلك رأي . وروى عن محمد بن عبد الله بن أبي مريم : أنه قال « بعث تمرّاً من التمارين كلّ سبعة أصع بدرهم ، ثم وجدت عند رجلٍ منهم تمرّاً يبيعه أربعة أصع بدرهم ، فاشتريت منه ، فسألت عكرمة عن ذلك ؟ فقال : لا بأس ، أخذت أنقص مما بعثت ثم سألت سعيد بن المسيّب عن ذلك وأخبرته بقول عكرمة . فقال : كذب » قال عبد الله بن عباس « ما بعث من شيء مما بكال بمكيال ، فلا تأخذ منه شيئاً مما بكال بمكيال إلا ورقاً أو ذهباً . فإذا أخذت ورقك فابتع ممن شئت ، منه ، أو من غيره . فراجعت فإذا عكرمة قد طلبني ، فقال : الذي قلت لك هو حلال : هو حرام ، فقلت لسعيد بن المسيّب : إن فضل لي عنده فضل ؟ قال : فأعطه أنت الكسر ، وأخذ منه الدرهم » ووجه ذلك : أنه ذرعة إلى بيع الطعام بالطعام نسيئة ، فخرم ، كمسألة العينة ، فعلى هذا كلّ شيئين حرّم النساء فيهما لا يجوز أن يأخذ أحدهما عوضاً عن الآخر قبل قبض ثمنه ، إذا كان البيع نساء . نصّ أحد على ما يدلّ على هذا . وكذلك قال سعيد بن المسيّب فيما حكينا عنه . والذي يقوى عندي جواز ذلك إذا لم يفعله حيلة ، ولا قصد ذلك في ابتداء العقد ، كما قال علي بن الحسين فيما يروى عنه عبد الله بن زيد ، قال « قدّمت على بن الحسين ، فقلت له : إني أجد تخلي وأبيع من حضرني التمر إلى أجل ، فيقدمون بالخنطة ، وقد حلّ ذلك الأجل ، فيوقفونها بالسوق ، فأبتاع منهم ، وأفأضهم ؟ قال : لا بأس بذلك ، إذا لم يكن منك على رأي^(١) » وذلك لأنه اشترى الطعام بالدرهم التي في الذمة بعد انبرام العقد الأول ولزومه . فصحّ ، كما لو كان البيع الأول حيواناً ، أو ثياباً ، ولما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا . فإنه لم يأخذ بالثمن طعاماً . ولكن اشترى

(١) يعني : إذا لم يكن ذلك مقصوداً لك من أول الأمر ، ومرتباً في نفسك .

من المشتري طعاماً بدراهم ، وسلمها إليه ، ثم أخذها منه وفاء ، أو لم يسلمها إليه ، لكن قاصه بها ، كما في حديث علي بن الحسين .

٣٠١٩ « مسألة » قال ﴿ ومن باع حيواناً ، أو غيره بالبراءة من كل عيب لم يبرأ ، سواء علم به البائع أو لم يعلم ﴾

اختلفت الرواية عن أحمد في البراءة من العيوب . فروى عنه : أنه لا يبرأ إلا أن يعلم المشتري بالعيب . وهو قول الشافعي ، وقال إبراهيم ، والحكم ، وحماد : لا يبرأ إلا بما سمى ، وقال شريح : لا يبرأ إلا بما أراه ، أو وضع يده عليه . وروى نحو ذلك عن عطاء ، والحسن ، وإسحاق ، لأنه مرفق في البيع ، لا يثبت إلا بالشرط ، فلا يثبت مع الجهل ، كالخيار .

والرواية الثانية : أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه ، ولا يبرأ من عيب علمه . ويروى ذلك عن عثمان ، ونحوه عن زيد بن ثابت . وهو قول مالك . وقول الشافعي في الحيوان خاصة . لما روى أن عبد الله بن عمر « باع زبده بن ثابت عبيداً بشرط البراءة من العيب بمائة درهم . فأصاب به زبد عيباً . فأراد رده كل ابن عمر ، فلم يقبله . فترافعا إلى عثمان . فقال عثمان ، لابن عمر : تخلف أهلك لم تعلم بهذا العيب ؟ فقال : لا ، فردّه عليه ، فباعه ابن عمر بألف درهم » وهذه قصة اشتهرت ، فلم تنسكروا ، فكانت إجماعاً ، وروى عن أحمد : أنه أجاز البراءة من المجهول . فيخرج من هذا صحة البراءة من كل عيب . وروى هذا عن ابن عمر . وهو قول أصحاب الرأي ، وقول الشافعي . لما روت أم سلمة « أن رجلاً اختصم في مواريث درست إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : استمهما وتوخيا ، وليحلل كل واحد منكما صاحبه » فدل هذا على أن البراءة من المجهول جائزة . ولأنه إسقاط حق لا تسليم فيه . فصح من المجهول كالاتفاق . والطلاق . ولا فرق بين الحيوان وغيره . فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر ، وقول عثمان قد خالفه ابن عمر ، وقول الصحابي المخالف لا يبق حجة .

٣٠٢٠ (فصل) فإن قلنا : لا يصح شرط البراءة من العيوب . فشرطه لم يفسد البيع في ظاهر المذهب . وهو وجه لأصحاب الشافعي . لأن ابن عمر باع بشرط البراءة . فأجموا على صحته ، ولم ينسكروا منه . فعلى هذا لا يمنع الرد بوجود الشرط . ويسكون وجوده كعدمه . وعن أحمد في الشروط الفسده . روايتان

إحداها : أنها تفسد العقد ، فيدخل فيها هذا البيع . لأن البائع إنما رضى بهذا الثمن عوضاً عنه بهذا الشرط ، فإذا فسد الشرط فأت الرضى به فيفسد البيع ، لعدم التراضي به .

٣٠٢١ « مسألة » قال ﴿ ومن باع شيئاً سراجة . فلم أنه زاد في رأس ماله ، رجع عليه بالزيادة ، وحطها من الربح ﴾ .

معنى بيع المراجحة : هو البيع برأس المال وربح معلوم ، ويشترط علمهما برأس المال . فيقول : رأس مالى فيه ، أو هو على بمائة بعتك بها ، وربح عشرة . فهذا جائز ، لا خلاف في صحته . ولا نعلم فيه عند أحد كراهة . وإن قال : بعتك برأس مالى فيه وهو مائة ، وأربح في كل عشرة درهماً ، أو قال : ده يارده ، أو ده داوزده ، فقد كرهه أحد . وقد رويت كراهته عن ابن عمر ، وابن عباس ، ومسروق ، والحسن ، وعكرمة ، وسعيد بن جبير ، وعطاء بن يسار ، وقال إسحاق : لا يجوز . لأن الثمن مجهول حال العقد ، فلم يجز ، كما لو باعه بما يخرج به في الحساب . ورخص فيه سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، وشريح ، والنخعي ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . ولأن رأس المال معلوم ، فأشبهه ماله قال : وربح عشرة دراهم : ووجه الكراهة : أن ابن عمر ، وابن عباس كرهاه . ولم نعلم لهما في الصحابة مخالفاً . ولأن فيه نوعاً من الجهالة ، والتحرز عنها أولى . وهذه كراهة تنزيه . والبيع صحيح ، لما ذكرنا . والجهالة يمكن إزالتها بالحساب ، فلم تضر ، كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم ، وأما ما يخرج به في الحساب ، فمجهول في الجملة ، والتفصيل .

إذا ثبت هذا : عدنا إلى مسألة الكتاب فنقول : متى باع شيئاً برأس ماله وربح عشرة ، ثم علم بتقصيه ، أو إقرار ، أن رأس ماله تسمون ، فالبيع صحيح . لأنه زيادة في الثمن فلم يمنع صحة العقد كالعيب . وللمشتري الرجوع على البائع بما زاد في رأس المال ، وهو عشرة ، وحطها من الربح ، وهو درهم . فيبقى على المشتري بقسمة وتسعين درهماً . وبهذا قال الثوري ، وابن أبي ليلى . وهو أحد قولى الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو مختار بين الأخذ بكل الثمن ، أو تركه ، قياساً على المعيب .

ولنا : أنه باعه برأس ماله ، وما قدره من الربح . فإذا بان رأس ماله قدرأ كان مبيعاً به ، وبالإضافة التي اتفقا عليها ، والمعيب كذلك عندنا . فإن له أخذ الأرض ، ثم المعيب لم يرض به إلا بالثمن المذكور ، وهما رضى فيه برأس المال والربح المقرر . وهل للمشتري خيار ؟ فالمنصوص عن أحد : أن المشتري مختار بين أخذ المبيع برأس ماله وخصته من الربح ، وبين تركه . نقله حنبل . وحكى ذلك قولاً للشافعي . لأن المشتري لا يأمن الجناية في هذا الثمن أيضاً ، ولأنه ربما كان له غرض في الشراء بذلك الثمن بعينه ، لكونه حالفاً ، أو وكيلاً ، أو غير ذلك . وظاهر كلام الخزي : أنه لا خيار له . لأنه لم يذكره . وحكى ذلك قولاً للشافعي . لأنه رضى بمائة وعشرة ، فإذا حصل له بقسمة وتسعين فقد زاده خيراً . فلم يكن له خيار ، كما لو اشتراه على أنه معيب ، فبان صحيحاً ، أو أئى فبان صانعاً ، أو كدل في شراء معين

بمائة فاشترى بنفسين . وأما البائعُ فلا خيار له . لأنه باع برأس ماله وحصته من الربح ، وقد حصل له ذلك .

٣٠٢٢ (فصل) وإذا أراد الإخبار بثمن السلعة ، فإن كانت بحالها لم تتغير ، أخبر بثمنها ، وإن حطَّ البائعُ بعض الثمن عن المشتري ، أو اشتراه بعد لزوم العقد ، لم يُجزئه ، ويُخبر بالثمن الأول ، لا غير . ولأنَّ ذلك هبةٌ من أحدهما للآخر ، لا يكون عوضاً . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يُلحق بالعقد ، ويُخبر به في المراجعة . وهذه مسألة يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى ، وإن كان ذلك في مدة الخيار لحقَّ بالعقد ، وأخبر به في الثمن . وبه قال الشافعي ، وأبو حنيفة . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم . فإن تغير سعرها دونها . فإن غلت لم يلزمه الإخبار بذلك ، لأنه زيادة فيها . وإن رخصت فنقص أحد : على أنه لا يلزمه الإخبار بذلك . لأنه صادق بدون الإخبار به . ويحتمل أن يلزمه الإخبار بالحال . فإن المشتري لو علم ذلك لم يرضها بذلك الثمن ، فكلماته تغريبه . فإن أخبر بدون ثمنها ، ولم يقبَل الحال لم يُجز . لأنه يجمع بين الكذب والتغريب .

٣٠٢٣ (فصل) فأما إن تفتت السلعة فذلك على ضربين :

أحدهما : أن تتغير بزيادة . وهي نوعان :

أحدهما : أن تزيد لثمنها ، كالسمن ، وتعلم صنعة ، أو يحصل منها ثمن منفصل ، كالولد ، والثمرة ، والسكب . فهذا إذا أراد أن يبيعها مُراجعةً أخبر بالثمن من غير زيادة . لأنه القدر الذي اشتراها به . وإن أخذ الثمن المنفصل ، أو استخدم الأمة ، أو وطىء الثيب أخبر برأس المال ، ولم يلزمه تبين الحال . وروى ابن المنذر عن أحمد : أنه يلزمه تبين ذلك كله . وهو قول إسحاق ، وقال أصحاب الرأي في الغلة يأخذها : لا بأس أن يبيع مُراجعةً ، وفي الولد ، والثمرة : لا يبيع مُراجعةً حتى يُبين ، ولأنه من موجب العقد .

ولنا : أنه صادق فيما أخبر به من غير تغريب بالمشتري فجاز ، كما لو لم يزد . ولأن الولد والثمرة ثمن منفصل ، فلم يمنع من بيع المراجعة بدون ذكره كالفلة . وقد بينا من قبل أنه ليس من موجبات العقد .

النوع الثاني : أن يعمل فيها عملاً ، مثل أن يُقصرتها ، أو يرفقها ، أو يحملها ، أو يخيطها ، فهذه متى أراد أن يبيعها مُراجعةً أخبر بالحال على وجهه ، سواء عمل ذلك بنفسه ، أو استأجر من عمله ، هذا ظاهر كلام أحمد ، فإنه قال : يُبين ما اشتراه وما لزمه ، ولا يجوز أن يقول : تحصّلت عليّ بكذا ، وبه قال الحسن ، وابن سيرين ، وسعيد بن المسيب ، وطاوس ، والنخعي ، والأوزاعي ، وأبو ثور ، ويحتمل أن يجوز فيما استأجر عليه أن يضمَّ الأجرة إلى الثمن ، ويقول : تحصّلت عليّ بكذا ، لأنه صادق ، وبه قال الشعبي ، والحكم ، والشافعي .

ولنا : أنه تغير بالمشتري ، فإنه عسى أن لو علم أن بعض ما تحصّلت به لأجل الصناعة لا يرغب فيه ، لعدم رغبته في ذلك ، فأشبه ما ينقص الحيوان في مؤنته ، وكسوته ، وعلى المبتاع في خزّنه .

الضرب الثاني : أن يتغير بنقص ، كنقصه بمرض ، أو جنابة عليه ، أو تلف بمضه ، أو بولادة ، أو عيب ، أو يأخذ المشتري بعينه ، كالصوف ، واللبن الموجود ، ونحوه ، فإنه يخبر بالحال على وجهه ، لا نعلم فيه خلافاً ، وإن أخذ أرض العيب ، أو الجنابة ، أخبر بذلك على وجهه ، ذكره القاضي ، وقال أبو الخطاب : يحطّ أرض العيب من الثمن ، ويُخبرُ بالباقي ، لأن أرض العيب عوض ما فات به ، فكان ثمن الموجود هو ما بقي ، وفي أرض الجنابة وجهان :

أحدهما : يحطّه من الثمن ، كأرض العيب

والثاني : لا يحطّه كالتماء ، وقال الشافعي : يحطّمها من الثمن ، ويقول : تقوّم على بكذا ، لأنه صادق فيما أخبر به ، فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه .

وانسا : أن الإخبار بالحال على وجهه أبلغ في الصدق ، وأقرب إلى البيان ، ونفي التغير بالمشتري ، والتدليس عليه ، فلزمه ذلك ، كما لو اشترى شيئين بثمن واحد ، وقسّط الثمن عليهما ، وقياس أرض الجنابة عليه على التماء ، والكسب غير صحيح ، لأن الأرض عوض نقصه الحاصل بالجنابة عليه ، فهو بمنزلة ثمن جزء منه باعه ، وكقيمة أحد الثوبين إذا تلف أحدهما ، والتماء والكسب زيادة لم ينقص بها المبيع ، ولا هي عوض عن شيء منه ، فأما إن جنى المبيع ، ففداه المشتري لم يُلحق ذلك بالثمن ، ولم يُخبر به في المراجعة ، بغير خلاف نعلمه ، لأن هذا الأرض لم يزد به المبيع قيمة ، ولا ذاتاً ، وإنما هو مُزيل للنقص بالجنابة ، والعيب الحاصل بتعلقها برقبته ، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشتري ، فأما الأدوية ، والمؤنة ، والكسوة ، وعمله في السلعة بنفسه ، أو عمل غيره له بغير أجره ، فإنه لا يُخبر بذلك في الثمن ، وجهاً واحداً ، وإن أخبر بالحال على وجهه فحسن .

٣٠٢٤ (فصل) وإن اشترى شيئين صفقة واحدة ، ثم أراد بيع أحدهما مُراجعةً أو اشترى اثنان شيئاً ، فتقاسما ، وأراد أحدهما بيع نصيبه مُراجعةً بالثمن الذي أدّاه فيه ، فذلك قسمان :

أحدهما : أن يكون البيع من المتقومات التي لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء ، كالثياب ، والحيوان ، والشجرة المثمرة ، وأشباه هذا . فهذا لا يجوز بيع بعضه مُراجعةً ، حتّى يُخبر بالحال على وجهه . نصّ عليه أحمد . فقال : كل بيع اشتراه جماعة ، ثم اقتسموه لا يبيع أحدهم مُراجعةً إلا أن يقول : اشتريته جماعة ، ثم اقتسمناه . وهذا مذهب النوري ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وقال الشافعي : يجوز بيعه بحصته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ، بدليل ما لو كان المبيع شقصاً وسيقاً أخذ الشفيع الشقص

بحصته من الثمن . ولو اشترى شيئين ، فوجد أحدهما معيباً ، ردّه بحصته من الثمن . وذكر ابن أبي موسى فيما اشترى اثنان ، فتقاسما ، رواية أخرى عن أحمد : أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه . لأن ذلك ثمنه ، فهو صادق فيما أخبر به .

ولنا : أن قسمة الثمن على المبيع طريقة الظن ، والتخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير ، وبيع المرابحة أمانة ، فلم يجوز هذا فيه . فصار هذا كالتخريف الحاصل بالظن ، لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه . وإنما أخذ الشفيع بالقيمة ، للحاجة الداعية إليه ، وكونه لا طريق له سوى التقويم . ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لا تحذه الناس طريقاً لإسقاطها . فيؤدى إلى تفويتها بالكفاية . وهما له طريق ، وهو الإخبار بالحال على وجهه ، أو بيعه مساومة .

القسم الثانى : أن يكون المبيع من التماثلات التى ينقسم الثمن عليها بالأجزاء كالبر والشعير المتساوى فيجوز بيع بعضه مرابحة بقسطه من الثمن . وبهذا قال أبو ثور ، وأصحاب الرأى . ولا نعلم فيه خلافاً . لأن ثمن الجزء معلوم يقيناً . ولذلك جاز بيع قفيز من الصبرة . وإن أسلم في توبين بصفة واحدة ، فأخذها على الصفة ، وأراد بيع أحدها مرابحة بحصته من الثمن ، فالقياس جوازه . لأن الثمن ينقسم عليهما نصفين ، لا باعتبار القيمة . وكذلك لو أقاله فى أحدهما ، أو تعذر تسليمه ، كان له نصف الثمن من غير اعتبار قيمة المأخوذ منها . فكأنه أخذ كل واحد منهما منفرداً . ولأن الثمن وقع عليهما متساوياً ، لتساوى صفتهما فى الذمة . فهما كقفيزين من صبرة . وإن حصل فى أحدهما زيادة على الصفة ، جرت مجرى الحادث بعد البيع .

٣٠٣٥ (فصل) وإن اشترى شيئاً بشمن مؤجل ، لم يجوز بيعه مرابحة حتى يبين ذلك . وإن اشترى من أبيه ، أو ابنه ، أو ممن لا تقبل شهادته له ، لم يجوز بيعه مرابحة حتى يبين أمره . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى ، وأبو يوسف ، ومحمد : يجوز من غير بيان ، لأنه أخبر بما اشترى عقداً صحيحاً . فأشبهه ما لو اشترى من أجنبي .

ولنا : أنه متى تم فى الشراء منهم ، لكونه يحاييهم ، ويسمح لهم . فلم يجوز أن يخبر بما اشترى منهم مطلقاً ، كما لو اشترى من مكاتبه . وفارق الأجنبي . فإنه لا ينهم فى حقه . وقياسهم يبطل بالشراء من مكاتبه . فإنه لا يجوز له بيع ما اشترى من مكاتبه مرابحة حتى يبين أمره . ولا نعلم فيه خلافاً . وإن اشترى من غلام دكاية الحر ، فقال القاضى : إذا باعه سلعة ، ثم اشترى منها بأكثر من ذلك ، لم يجوز بيعه مرابحة حتى يبين أمره . ولا نعلم فيه خلافاً . ولأنه متى تم فى حقه . فأشبهه من لا تقبل شهادته له . وقال أبو الخطاب : إن فعل ذلك حيلة لم يجوز . وظاهره الجواز ، إذا لم يكن حيلة .

وهذا أصح . لأنه أجنبي ، لكن لا يختص هذا بعلام دُكَّاه ، بل متى فعل هذا على وجه الحيلة لم يجرُ ، وكان حراماً ، وتدليساً ، على ما ذكرنا من قبل .

٣٠٢٦ (فصل) فإن اشترى ثوباً بعشرة ، ثم باعه بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة استحب أن يُخبر بالخال على وجهه . فإن أخبر أنه اشتراه بعشرة ، ولم يُبين ، جاز . وهو قول الشافعي ، وأبي يوسف ، ومحمد . لأنه صادق فيما أخبر به ، وليس فيه ثمة ، ولا تغيرٌ بالمشتري . فأشبهه ما لو لم يربح فيه . وروى عن ابن سيرين : أنه يطرح الربح من الثمن ، ويُخبر أن رأس ماله عليه خمسة . وأعجب أحد قول ابن سيرين . قال : فإن باعه على ما اشتراه يُبين أمره ، يعني يُخبر أنه ربح فيه مرةً ، ثم اشتراه . وهذا محمولٌ على الاستحباب لما ذكرناه ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز بيعه مُرابحةً ، إلا أن يُبين أمره ، أو يُخبر أن رأس ماله عليه خمسة . وهذا قول القاضي ، وأصحابه . لأن المُرَابحة تُضمُّ فيها العقود ، فيُخبر بما تقوم عليه ، كما نُضمُّ أَجْرَةَ الْخِيَاطِ وَالْقَصَّارِ . وقد استفاد بهذا العقد الثاني تقرير الربح في العقد الأول . لأنه أمين أن يردّه عليه ، ولأن الربح أحد نوعي النماء . فوجب أن يُخبر به في المُرَابحة ، كالولد ، والثمر ، فعلى هذا يذهب أنه إذا طرح الربح من الثمن الثاني يقول : تقوم عليّ بخمسة . ولا يجوز أن يقول : اشتريته بخمسة . لأن ذلك كذب ، والكذب حرام ، وبصير كما لو ضمَّ أَجْرَةَ الْقَصَّارِ ، وَالْخِيَاطَةِ إِلَى الثَّمَنِ ، وأخبر به .

ولنا : ما ذكرناه فيما تقدم . وما ذكرناه من ضمِّ الْقَصَّارِ ، وَالْخِيَاطَةِ ، والولد ، والثمر فشيء بنوّه على أصلهم ، لا نُسلمه . ثم لا يشبه هذا ما ذكره . لأنَّ الْمُؤَنَةَ والنماء لزماء في هذا البيع الذي يلي المُرَابحة . وهذا الربح في عقد آخر قبل هذا الشراء ، فأشبهه الخسارة فيه . وأما تقرير الربح فتغير صحيح . فإن العقد الأول قد لزم ، ولم يظهر العيب ، ولم يتعلق به حكمه . ثم قد ذكرنا في مثل هذه المسألة أن للمشتري أن يردّه على البائع ، إذا ظهر على عيب قديم ، وإذا لم يلزمه طرح النماء ، والغلة فهنا أولى ، ويحى على هذا القول : أنه لو اشتراه بعشرة ، ثم باعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة ، فإنه يُخبر أنها حصلت بغير شيء ، وإن اشتراها بعشرة ثم باعها بثلاثة عشر ثم اشتراها بخمسة أخبر أنها تقوم عليه بدرهمين . وإن اشتراها بخمسة عشر أخبر أنها تقوم عليه باثني عشر . نص أحمد على نظير هذا . وعلى هذا يطرح الربح من الثمن الثاني ، كيف كان . فإن لم يربح ، ولكن اشتراها ثانية بخمسة أخبر بها ، لأنها ثمن العقد الذي يلي المُرَابحة . ولو خسر فيها : مثل أن اشتراها بخمسة عشر ، ثم باعها بعشرة ، ثم اشتراها بأى ثمن كان ، أخبر به . ولم يجر أن يضمَّ الخسارة إلى الثمن الثاني . فيُخبر به في المُرَابحة بغير خلاف نعلمه . وهذا يدل على صحة ما ذكرناه ، والله أعلم .

٣٠٢٧ (فصل) وكل ما قلنا : إنه يلزمه أن يُخبر به في المراجعة ، ويبيّنه فلم يفعل ، فإن البيع لا يفسد به . ويثبت للمشتري الخيار بين الأخذ به ، وبين الرد ، إلا في الخبر بزيادة على رأس ماله ، على ما قدمناه من القول فيه . وإن اشتراه بثمن مؤجل ، ولم يبيّن أمره ، فعن أحد : أنه يُخَيَّر بين أخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد حالاً ، وبين الفسخ . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعي . لأن البائع لم يرض بدمّة المشتري ، وقد تكون دميته دون ذمّة البائع ، فلا يلزمه الرضى بذلك ، وحكى ابن المنذر عن أحد : أنه إن كان المبيع قائماً كان له ذلك إلى الأجل ، يعنى : وإن شاء فسخ ، وإن كان قد استهلك حبس المشتري الثمن بقدر الأجل ، وهذا قول شريح . لأنه كذلك وقع على البائع ، فيجب أن يكون للمشتري أخذه بذلك على صفته ، كما لو أخبر بزيادة على الثمن ، وكونه لم يرض بدمّة المشتري لا يمنع نفوذ البيع بذلك ، كما أنه إذا أخبر بزيادة لم يرض ببيعه إلا بما أخبر به ، ولم يلتفت إلى رضاه ، بل وجب الرجوع إلى ما وقع به البيع الأول ، كذا همنا .

٣٠٢٨ (فصل) فإن ابتاعه بدنانير ، فأخبر أنه اشتراه بدراهم ، أو كان بالعكس ، أو اشتراه بعرض ، فأخبر أنه اشتراه بثمن ، أو بثمن فأخبر أنه اشتراه بعرض ، وأشبهاء هذا ، فالمشتري الخيار بين الفسخ ، والرجوع بالثمن وبين الرضى به ، بالثمن الذي تبايعا به ، كسائر المواضع الذي ثبت فيها ذلك .

٣٠٢٩ (فصل) وإن ابتاع اثنين ثوباً بعشرين ، أو بذل لهما فيه اثنين وعشرون . فاشتري أحدهما نصيب صاحبه فيه بذلك السعر ، فإنه يُخَيَّر في المراجعة بأحد وعشرين ، نص عليه أحد . وهذا قول النخعي . وقال الشعبي : يبيعه على اثنين وعشرين ، لأن ذلك الدرهم الذي كان أعطيه قد كان أحرزه ، ثم رجع بعد ذلك إلى قول إبراهيم ، ولا نعلم أحداً خالف ذلك ، لأنه اشتري نصفه الأول بعشرة ، ثم اشتري نصفه الثاني بأحد عشر ، فصار مجموعهما أحداً وعشرين .

٣٠٣٠ (فصل) قال أحد : ولا بأس أن يبيع بالرقم ، ومعناه : أن يقول . بعثك هذا الثوب برقعة وهو الثمن المكتوب عليه ، إذا كان معلوماً لها حال العقد ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وكرهه طاوس .

ولنا : أنه يبيع بثمن معلوم ، فأشبهه ما لو ذكر مقداره ، أو ما لو قال : بعثك هذا بما اشتريته به ، وقد علما قدره ، فإن لم يكن معلوماً لها ، أو لأحدهما ، لم يصح ، لأن الثمن مجهول ، قال أحد . والمساومة عندى أسهل من بيع المراجعة ، وذلك لأن بيع المراجعة تعتريه أمانة ، واسترسال من المشتري ، ويحتاج فيه إلى تبين الحال على وجهه ، في المواضع التي ذكرناها ، ولا يؤمن هوى النفس في نوع تأويل ، أو غلط ، فيكون على خطر ، وغرر ، وتجذب ذلك أسلم وأولى .

٣٠٣١ (فصل) وبيع النواية : هو البيع بمثل ثمنه من غير نقص ، ولا زيادة ، وحكمه في الإخبار

بشمه ، وتبين ما يلزمه تبينه حكم المراجعة في ذلك كله ، وبصح بافظ البيع ، ولفظ التولية .
 ٣٠٣٢ « مسألة » قال ﴿ وإن أخبر بنقصان من رأس ماله ، كان على المشتري رده ، أو إعطاؤه ما غلط به . وله أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شرائها بأكثر ﴾
 وجملة ذلك : أنه إذا قال في المراجعة : رأس مالى فيه مائة ، وأزبح عشرة ، ثم عاد فقال : غلطت ، رأس مالى فيه مائة وعشرة . لم يقبل قوله في الغلط ، إلا ببينة تشهد أن رأس ماله عليه ما قاله ثانياً . وذكره ابن المنذر عن أحمد ، وإسحاق . وروى أبو طالب عن أحمد : إذا كان البائع معروفاً بالصدق قبل قوله ، وإن لم يكن صدوقاً جاز البيع . قال القاضي : وظاهر كلام الخرقي : أن القول قول البائع مع يمينه . لأنه لما دخل معه في المراجعة فقد ائتمنه . والقول قول الأمين مع يمينه ، كالوكيل ، والمضارب . والظاهر أن الخرقي لم يترك ذكر ما يلزم البائع في إثبات دعواه ، لكونه يقبل مجرّد دعواه ، بل لأنه عطفه على المسألة قبلها . وقد ذكر فيها ، فلم أنه زاد في رأس المال ، ولم يتمرّض لما يحصل به العلم ، لكن قد علمنا : أن العلم إنما يحصل ببينة أو إقرار . كذلك علم غلطه هنا يحصل ببينة ، أو إقرار من المشتري ، وكون البائع مؤتمناً لا يوجب قبول دعواه في الغلط ، كالضارب ، والوكيل ، إذا أقرا بربح ، ثم قال : غلطنا ، أو نسينا . واليمين التي ذكرها الخرقي هنا إنما هي على نفي علمه بغلط نفسه وقت البيع . لا على إثبات غلطه . وعن أحمد رواية ثالثة : أنه لا يقبل قول البائع ، وإن أقام به بينة حتى يصدقه المشتري . وهو قول الثوري والشافعي . لأنه أقر بالثمن ، وتعلق به حق الغير . فلا يقبل رجوعه ، ولا ببينته لإقراره بكذبها .

ولنا : أنها بينة عادلة ، شهدت بما يحتمل الصدق . فتقبل ، كسائر البينات . ولا نسلم أنه أقر بخلافها ، فإن الإقرار يكون لغير المقر ، وحالة إخباره بشمها لم يسكن عليه حق لغيره . فلم يكن إقراراً . فإن لم تسكن بينة أو كانت له بينة ، وقلنا : لا تقبل بينته فادعى أن المشتري يعلم غلطه ، فأنكر المشتري ، فالقول قوله ، وإن طلب يمينه ، فقال القاضي : لا يمين عليه . لأنه مدعى واليمين على المدعى عليه . ولأنه قد أقر له فيستغنى الإقرار عن اليمين . والصحيح : أن عليه اليمين أنه لا يعلم ذلك . لأنه ادعى عليه ما يلزمه به رد السلعة ، أو زيادة في ثمنها ، فلزمته اليمين ، كموضع الوفاق ، وليس هو ههنا مدعياً . إنما هو مدعى عليه العلم بمقدار الثمن الأول ، ثم قال الخرقي : له أن يحلفه أن وقت ما باعها لم يعلم أن شرائها أكثر . وهذا صحيح . فإنه لو باعها بهذا الثمن علماً بأن ثمنها عليه أكثر لزمه البيع بما عقد عليه ، لأنه تعاوى شيئاً علماً بالحال . فلزمه ، كمشترى المعيب علماً بعيبه . وإذا كان البيع يلزمه بالعلم ، فادعى عليه لزمته اليمين . فإن نكّل قضى عليه . وإن حلف ، خير المشتري بين قبوله بالثمن ، والزيادة التي غلط بها ، وحطها من

الربح ، وبين فسخ العقد . ويحتمل أنه إذا باعه بمائة وربح عشرة . ثم إنه غلط بعشرة لا يلزمه حطّ
العشرة من الربح . لأن البائع رضى بربح عشرة في هذا المبيع . فلا يكون له أكثر منها . وكذلك إن
تبين له أنه زاد في رأس ماله ، لا ينقص الربح من عشرة . لأن البائع لم يبعه إلا بربح عشرة ، فأما إن
قال : وأربح في كل عشرة درهماً ، أو قال : ده يازده ، لزمه حطّ العشرة من الربح في الغلط ، والزيادة
على الثمن في صورتين . وإثماً أثبتنا له الخيار ، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة . فإذا بان أكثر
كان عليه ضرر في التزامه ، فلم يلزمه كالمعيب . وإن اختار أخذها بمائة ، وأحد وعشرين ، لم يكن للبائع
خيار . لأنه قد زاده خيراً ، فلم يكن له خيار ، كبائع المعيب إذا رضيه المشتري . وإن اختار البائع إسقاط
الزيادة عن المشتري ، فلا خيار له أيضاً ، لأنه قد بذلها بالثمن الذي وقع عليه العقد ، وتراضيا به .

٣٠٣٣ (فصل) ويجوز بيع المواضعة . وهو أن يُخبر برأس ماله ، ثم يقول : بعثك هذا به ،
وأضع عنك كذا . فإن قال : بوضيعة درهم من كل عشرة كره ، لما ذكرنا في المراجعة ، وصح ،
ويطرح من كل عشرة درهماً . فإن كان الثمن مائة لزمه تسعون ، ويكون الخط عشرة . وقال قوم :
يكون الخط من كل أحد عشر درهماً . فيكون ذلك تسعة دراهم ، وجزءاً من أحد عشر جزءاً من
درهم ، وتبقى تسعون ، وعشرة أجزاء ، من أحد عشر جزءاً من درهم . وهذا غلط . لأن هذا يكون
خطاً من كل أحد عشر ، وهو غير ما قاله . فأما إن قال بوضيعة درهم لكل عشرة ، كان الوضيمة
من كل أحد عشر درهماً . ويكون الباقي تسعين وعشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم : وهذا
قول أبي حنيفة ، والشافعي . وحكى عن أبي ثور أنه قال : الخط ههنا عشرة مثل الأولى ، وليس
بصحيح . فإنه إذا قال : لكل عشرة درهماً ، يكون الدرهم من غيرها ، فكأنه قال : من كل
أحد عشر درهماً ، درهماً . وإذا قال : من كل عشرة درهماً ، كان الدرهم من العشرة . لأن « من »
للتبعض ، فكأنه قال : أخذ من العشرة تسعة ، وأخط منها درهماً .

٣٠٣٤ (فصل) إذا اشترى رجل نصف سلعة بعشرة ، واشترى آخر نصفها بعشرين ، ثم باعها
مساومةً بثمن واحد ، فهو بينهما نصفان . لا نعلم فيه خلافاً ، لأن الثمن عوض عنها . فيكون بينهما
على حسب ملكيتهما فيها : وإن باعها مربحة ، أو مواضعة ، أو تولية ، فكذلك ، نص عليه أحمد .
وهو قول ابن سيرين ، والحكم ، قال الأثرم : قال أبو عبد الله رحمه الله : إذا باعها ، فالثمن بينهما نصفان .
قلت : أعطى أحدهما أكثر مما أعطى الآخر ؟ فقال : وإن ، أليس الثوب بينهما الساعة سواء ؟ فاشتمن
بينهما . لأن كل واحد منهما يملك مثل الذي يملك صاحبه . وحكى أبو بكر عن أحمد رواية أخرى :
أن الثمن بينهما على قدر رموس أموالهما ، لأن بيع المراجعة يقتضى أن يكون الثمن في مقابلة رأس المال ،

فيكون مقسوماً بينهما ، على حسب رءوس أموالها . ولم أجد عن أحد روايةً بما قال أبو بكر ، وقيل : هذا وجه خَرَجَهُ أبو بكر . وليس برواية ، والمذهب الأول . لأن الثمن عوضُ المبيع ، وملسكُهما مُتَسَاوٍ فيه . فكان ملسكُهما كِعوضه مُتَسَاوِيًا ، كما لو باعاه مُساوَةً .

٣٠٣٥ (فصل) ومتى باعاه السالعة برقبها ، ولا يعلمانه ، أو جهلاً رأسَ المال في المراجعة ، أو الموضعة ، أو التولية ، أو جهل ذلك أحدهما ، أو جهل قدر الربح ، أو قدر الوضعية . فالبيع باطل ، لأنَّ العلم بالثمن شرط لصحة البيع : فلا يثبت بدونه ، ولو باعه بمائة ذهباً ، وفضة لم يصحَّ البيع . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يصحُّ ، ويكون نصفين . لأنَّ الإطلاق يقتضى التسوية ، كالإقرار .

ولنا : أنَّ قدر كلِّ واحد منهما مجهولٌ ، فلم يصحَّ . كما لو قال : بمائةٍ بعضها ذهبٌ ، وقوله : إنه يقتضى التسوية لا يصحُّ . فإنَّه لو فسره بغير ذلك صحَّ . وكذلك لو أقرَّ له بمائةٍ ذهباً ، وفضةً ، فالتقول قوله في قدر كلِّ واحد منهما .

٣٠٣٦ « مسألة » قال ﴿ وإذا باع شيئاً ، واختلفا في ثمنه تحالفا . فإن شاء المشتري أخذه بعد ذلك بما قال البائع ، وإلا انسخ البيع بينهما . والمبتدئ باليمين البائع ﴾

والكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

أحدها : أنه إذا اختلف المتبايعان ، والسالعة قائمة ، فقال البائعُ : بعثتَ بعشرين ، وقال المشتري : بل بعشرة ، ولأحدهما بيِّنةٌ حَكِيمٌ بها وإن لم يكن لهما بيِّنةٌ تحالفا . وبهذا قال شريح ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، ومالك ، في رواية ، وعنه : القول قولُ المشتري . مع يمينه . وبه قال أبو ثور ، وزُفَر . لأنَّ البائع يدعى عشرةً زائدةً يُفكرُها المشتري ، والقول قولُ المنكر . وقال الشعبي . القول قولُ البائع ، أو يترادان البيع ، وحكاه ابن المنذر ، عن إمامنا رحمه الله . وروى ابن مسعود ، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا اختلفَ البيعان ، وليسَ بينهما بيِّنةٌ ، فالقول ما قالَ البائعُ ، أو يترادان البيع » رواه سعيد ، وابن ماجه ، وغيرهما . والمشهور في المذهب الأول ، ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً ، وأن القول قولُ البائع مع يمينه ، فإذا حلف ، فرضى المشتري بذلك ، أخذ به . وإن أبى ، حلف أيضاً ، وفُسِّخَ البيعُ بينهما . لأنَّ في بعض ألفاظ حديث ابن مسعود : أنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال « إذا اختلفَ المتبايعان والسالعة قائمة ، ولا بيِّنةٌ لأحدهما تحالفاً » ولأنَّ كلَّ واحد منهما مدَّعٍ ، ومدَّعى عليه . فإن البائع يدعى عقداً بعشرين ، يُفكرُ المشتري ، والمشتري يدعى عقداً بعشرةً يُفكرُ البائع ، والعقدُ بعشرةً غيرُ العقدِ بعشرين . فشرعتِ اليمينُ في حقِّهما ، وهذا الجوابُ عما ذكره .

الفصل الثاني : أن المبتدئ باليمين البائع . فيحلف ما بعثه بعشرةً ، وإنما بعثه بعشرين . فإن شاء

المشتري أخذه بما قال البائع ، وإلا يحلف ما اشتريته بعشرين ، وإنما اشتريته بمشقة ، وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يبتدىء بيمين المشتري . لأنه منكسر ، واليمين في جَنْبَتِهِ أَقْوَى . ولأنه يُقْضَى بنكوله ، وَيَنْفَصِلُ الْحَكْمُ . وما كان أقرب إلى فصل الخصومة كان أولى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « قَالِقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ » وفي لفظ « قَالِقَوْلُ مَا قَالَ الْبَائِعُ » ، وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ » رواه الإمام أحمد . ومعناه : إن شاء أخذ ، وإن شاء حلف . ولأن البائع أقوى جَنْبَةً . لأنهما إذا تحالفا عاد المبيع إليه ، فكان أقوى ، كصاحب اليد . وقد بينا أن كل واحد منهما مُنْكَرٌ ، فيساويان من هذا الوجه . والبائع إذا نكَلَ فهو بمنزلة نكول المشتري ، يحلف الآخر ويُقْضَى لَهُ . فهما سواء .

الفصل الثالث : أنه إذا حلف البائع ، فَكَلَّ الْمُشْتَرِي عن اليمين ، قُضِيَ عليه ، وإن نكَلَ البائع حلف المشتري ، وقُضِيَ لَهُ ، وإن حلفا جميعاً لم يَنْفَسَخِ الْبَيْعُ بنفس التعالُف . لأنه عقد صحيح ، ففنازعهما وتعارضهما لا يَفْسَخُهُ ، كما لو أقام كل واحدٍ منهما بيعة بما ادّعاها ، لكن إن رضى أحدهما بما قال صاحبه أَوْرَ الْمَقْدُ بينهما . وإن لم يرضيا فلكل واحدٍ منهما الفسخ . وهذا ظاهر كلام أحد . ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم . وهو ظاهر مذهب الشافعي . لأن المقد صحيح ، وأحدهما ظالم ، وإنما يفسخه الحاكم لتفذر إمضائه في الحكم . فأشبهه نكاح المرأة ، إذا زوجها الواليتان ، وَجْهٌ السَّابِقُ منها .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « أَوْ بَرَادَانِ الْبَيْعِ » وظاهره استقلالهما بذلك . وفي القصة « أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بَاعَ الْأَشْمَثَ بْنَ قَيْسٍ رَقِيقًا مِنْ رَقِيقِ الْإِمَارَةِ ، فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ : بِعْتِكَ بَعْشَرِينَ أَلْفًا . قَالَ الْأَشْمَثُ : اشْتَرَيْتُ مِنْكَ بَعْشَرَ آلَافٍ . فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ : « إِذَا اخْتَلَفَ الْبَيْعَانِ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا بَيِّنَةٌ ، وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ بِمَنْفَعَتِهِ قَالِقَوْلُ الْبَائِعِ ، أَوْ بَرَادَانِ الْبَيْعِ . قَالَ : فَإِنِّي أُرِدُّ الْبَيْعَ » رواه سعيد ، عن هُشَيْمٍ ، عن ابن أبي ليلى ، عن عبد الرحمن بن القاسم ، عن ابن مسعود ، وَرَوَى أَبُو بَرْزَةَ عَنْ عَبْدِ الْمَلِكِ بْنِ عُبَيْدَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايعَانِ اسْتَحْلَفَ الْبَائِعُ . ثُمَّ كَانَ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ » وهذا ظاهر في أنه يفسخ من غير حاكم ، لأنه جعل الخيار إليه ، فأشبهه من له خيار الشرط ، أو الرد بالعيب . ولأنه فسخ لاستدراك الظلامة . فأشبه الرد بالعيب . ولا يشبهه النكاح . لأن لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق . وإذا فُسِخَ الْمَقْدُ ، فقال القاضي : ظاهر كلام أحد : أن الفسخ يَنْفَعُ ظَاهِرًا ، وَبَاطِنًا . لأنه فسخ لاستدراك

الظَّلَامَةُ . فهو كالردِّ بالعيب ، أو فسخُّ عقدٍ بالتحالف . فوقع في الظاهر ، والباطن ، كما فسخ باللعان . وقال أبو الخطاب : إن كان البائعُ ظالماً لم يفسخ العقدُ في الباطن . لأنه كان يمكنه إمضاء العقد ، واستيفاء حقه ، فلا يفسخ العقدُ في الباطن . ولا يُباح له التصرف في المبيع ، لأنه غاصب ، فإن كان المشتري ظالماً انفسخ البيعُ ظاهراً وباطناً ، لعجز البائع عن استيفاء حقه . فكان له الفسخ ، كما لو أفسس المشتري ، ولأصحاب الشافعي وجهان ، كهذين ، ولهم وجهٌ ثالث : أنه لا يفسخ في الباطن بحال . وهذا فاسدٌ . لأنه لو علم أنه لم يفسخ في الباطن بحال لما أمكن فسخه في الظاهر . فإنه لا يُباح لكل واحدٍ منها التصرف فيما رجع إليه بالفسخ ، ومتى علم أن ذلك محرمٌ منع منه . ولأن الشارع جعل للمظلوم منها الفسخُ ظاهراً ، وباطناً . فافسخ بفسخه في الباطن ، كالردِّ بالعيب . ويقوى عندي أنه إن فسخه الصادقُ منها انفسخ ظاهراً وباطناً لذلك . وإن فسخه الكاذبُ عالماً بكذبه ، لم يفسخ بالنسبة إليه . لأنه لا يحل له الفسخ . فلم يثبت حكمه بالنسبة إليه . ويثبت بالنسبة إلى صاحبه ، فيباح له التصرف فيما رجع إليه . لأنه رجع إليه بحكم الشرع ، من غير عدوانٍ منه . فأشبه ما لو ردَّ عليه المبيع بدعوى العيب ، ولا عيب فيه .

٣٠٣٧ « مسألة » قال ﴿ فإن كانت السلعة تالفة تحالفا ورجعا إلى قيمة مثلها ، إلا أن يشاء المشتري أن يعطى الثمن على ما قال البائع ، فإن اختلفا في الصفة فالقول قول المشتري مع يمينه في الصفة ﴾ .

وجملته : أنها إذا اختلفا في ثمن الساعة بعد تلفها ، فعن أحمد فيها روايتان :

إحداها : يتحالفا ، مثل ما لو كانت قائمة . وهو قول الشافعي ، وإحدى الروايتين عن مالك .

والأخرى : القولُ قولُ المشتري مع يمينه . اختارها أبو بكر . وهذا قول النخعي ، والثوري ، والأوزاعي ، وأبي حنيفة . لقوله عليه السلام في الحديث « وَالسَّلْعَةُ قَائِمَةٌ » ففهموه : أنه لا يشرع التحالف عند تلفها . ولأنهما اتفقا على نقل السلعة إلى المشتري ، واستحقاق عشرة في ثمنها ، واختلفا في عشرة زائدة ، البائع بدعيها والمشتري ينسكرها . والقول قول المنكير . وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة ، للحديث الوارد فيه ، ففيما عداه يبقى على القياس .

وجه الرواية الأولى : عمومُ قوله « إِذَا اختلفَ المتبايعانِ قَالُوا قَوْلُ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ » وقال أحمد : ولم يقل فيه « وَالْمَبِيعُ قَائِمٌ » إلا يزيد بن هارون . قال أبو عبد الله : وقد أخطأ رواية الحليف عن المسعودي لم يقولوا هذه الحكمة ، واسكتها في حديثه ، ولأن كل واحدٍ منهما مدعي ومُنسِكِرٌ . فيُشرعُ البين ، كحال قيام الساعة ، وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة ، فإن ذلك لا يخالف بقيام السلعة ، وتلفها . وقولهم : تركناه للحديث . قلنا : ليس في الحديث تحالفا ،

وليس ذلك بثابت في شيء من الأخبار . قال ابن المنذر : وليس في هذا الباب حديثٌ يُعتمدُ عليه ، وعلى أنه إذا خولف الأصلُ لمعنى وجبَ تعديُّ الحكمِ بتعدي ذلك المعنى ، فتَقَيَسُ عليه ، بل يثبت الحكمُ بالبينة . فإنَّ التحالفَ إذا ثبتَ مع قيام السَّلعة ، مع أنه يمكن معرفة ثمنها لمعرفة بقيمتها ، فإنَّ الظاهرَ أنَّ الثمن يكون بالقيمة ، فمع تعذر ذلك أولى . فإذا تحالفا فإنَّ رضى أحدهما بما قال الآخرُ لم يفسخِ العقدُ ، لعدم الحاجة إلى فسْخه ، وإن لم يَرْضِيا فليس كل واحدٍ منهما فسْخه ، كما له ذلك في حال بقاء السَّلعة ، ويُردُّ الثمن الذي قبضه البائعُ إلى المشتري ، وَيُدْفَعُ المشتري قيمة السَّلعة إلى البائع . فإن كانا من جنس واحد ، وتساويا بعد التقابض تقاصاً . وينبغي أن لا يُشرع التحالف ، ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السَّلعة مُساوية للثمن الذي ادَّعاه المشتري ، ويكون القولُ قولَ المشتري مع يمينه . لأنه لا فائدة في يمين البائع ، ولا فسْخ البيع . لأنَّ الحاصل بذلك الرجوعُ إلى ما ادَّعاه المشتري . وإن كانت القيمة أقلَّ ، فلا فائدة للبائع في الفسخ ، فيحتملُ أن لا يُشرع له اليمينُ ، ولا الفسخ . لأنَّ ذلك ضررٌ عليه ، من غير فائدة . ويحتملُ أن يُشرع لتحصيل الفائدة للمشتري ، ومتى اختلفا في قيمة السَّلعة رجَّعاً إلى قيمةٍ مثليها . موصوفاً بصفاتها ، فإن اختلفا في الصفة ، فالقولُ قولُ المشتري مع يمينه . لأنه غارمٌ ، والقول قول الغارم .

٣٠٣٨ (فصل) وإن تَقَايَلَا المَبِيعَ ، أو رُدَّ بعيب بعد قبض البائع الثمن ، ثمَّ اختلفا في قدره ، فالقولُ قولُ البائع . لأنه مُنْكَرٌ لما يدَّعيه المشتري ، بعد انفساخ العقد ، فأشبه ما لو اختلفا في القبض .

٣٠٣٩ (فصل) وإن قال : بعْتُك هذا العبدَ بألفٍ ، فقال : بل هو والعبدُ الآخرُ بألفٍ . فالقولُ قولُ البائع مع يمينه . وهو قول أبي حنيفة ، وقال الشافعي : يتحالفاً : لأنهما اختلفا في أصل عَوْضِ العقد ، فيتحالفاً ، كما لو اختلفا في الثمن .

وانسا : أن البائع يُنْكَرُ بيع العبد الزائد ، فكان القولُ قوله بيمينه ، كما لو ادَّعى شراءه مُنفرداً .

٣٠٤٠ (فصل) وإن اختلفا في عين المَبِيعِ ، فقال : بعْتُك هذا العبدَ . قال : بل بعْتُنى هذه الجارية . فالقولُ قولُ كل واحدٍ منهما ، فيما يُنْكَره مع يمينه . لأنَّ كل واحدٍ منهما يدَّعي عقداً على عينٍ يُنْكَرها المدَّعي عليه : واتَّوَلَّ قولُ المُنْكَرِ . فإن حالف البائعُ : ما بعْتُك هذه الجارية . أُقِرَّتْ في يده ، وإن كانت في يده ، ورُدَّتْ عليه إن كان مدَّعيها قد قبضها ، وأما العبدُ فإن كان في يد البائع أُقِرَّ في يده ، ولم يكن للمشتري طأبه . لأنه لا يدَّعيه . وعلى البائع رد الثمن إليه . لأنه لم يصل إليه المَعْقُودُ عليه ، وإن كان في يد المشتري فعليه ردُّه إلى البائع . لأنه لم يترفع عنه لم يشتره . وليس للبائع طلبه إذا بُذِلَ له ثمنه لا عترافه ببيعه ، وإن لم يُعْطِهِ ثمنه فله فسْخُ البيع ، واسترجاؤه . لأنه تعذر عليه الوصول

إلى ثمنه ، فملك الفسخ ، كما لو أفسس المشتري . وإن أقام كل واحدٍ منهما بيّنةً بدعواه ، ثبت العقدان . لأنهما لا يتنافيان ، فأشبه ما لو ادعى أحدهما البيعَ فيهما جميعاً ، وأنكره الآخرُ . وإن أقام أحدهما بيّنةً بدعواه دون الآخر . ثبت ما قامت عليه البيّنة دون ما لم تقم عليه .

٣٠٤١ (فصل) فإن اختلفا في صفة الثمن رُجِعَ إلى نقد البلد . نصّ عليه في رواية الأثرم . لأنّ الظاهر أنّهما لا يعقدان إلّا به ، وإن كان في البلد نقودٌ رُجِعَ إلى أوسطها . نصّ عليه في رواية جماعة . فيحتملُ أنّه أراد إذا كان هو الأغلب . والمعاملةُ به أكثر . لأن الظاهر وقوع المعاملة به . فهو كما لو كان في البلد نقدٌ واحدٌ ، ويحتملُ أنّه ردّها إليه مع التساوي ، لأنّ فيه توسطاً بينهما ، وتسويةً بين حَتْمِهِمَا ، وفي المدول إلى غيره ميلٌ على أحدهما ، فكان التوسط أولى ، وعلى مدّعي ذلك اليمين . لأنّ ما قاله خصمُه محتمل . فتجب اليمينُ لنفي ذلك الاحتمال ، كوجوبها على المنكر . وإذا لم يكن في البلد إلّا نقدان متساويان . فينبغي أن يتحالفا ، لأنهما اختلفا في الثمن على وجهٍ لم يترجح قول أحدهما . فيتحالفان . كما لو اختلفا في قدره .

٣٠٤٢ (فصل) وإن اختلفا في أجل ، أو رهن ، أو في قدرهما ، أو في شرطٍ خيارٍ ، أو ضمّين ، أو غير ذلك من الشروط الصحيحة . ففيه روايتان : إحداهما : يتحالفان . وهو قول الشافعي . لأنهما اختلفا في صفة العقد ، فوجب أن يتحالفا ، قياساً على الاختلاف في الثمن .

والثانية : القولُ قول من بنى ذلك مع يمينه . وهو قول أبي حنيفة ، لأنّ الأصلَ عدمه ، فالقولُ قول من ينفيه ، كأصل العقد . لأنه مُنكَرٌ والقولُ قولُ المُنْكَرِ .

٣٠٤٣ (فصل) وإن اختلفا فيما يُفسدُ العقد ، أو شرطٍ فاسد ، فقال : بعثك بخمرٍ ، أو خيارٍ مجهولٍ . فقال : بل يفتني بفقد معلومٍ ، أو خيارٍ ثلاثٍ . فالقولُ قول من يدعى الصحة مع يمينه . لأنّ ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد ، وإن قال : بعثك مُكْرَهاً ، فأنكره ، فالقولُ قول المشتري . لأن الأصلَ عدمُ الإكراه ، وصحة البيع ، وإن قال : بعثك وأنا صبيّ ، فالقولُ قول المشتري . نصّ عليه . وهو قول الثوري ، وإسحاق . لأنهما اتفقا على العقد ، واختلفا فيما يُفسدُه . فكان القولُ قول من يدعى الصحة ، كالتى قبلها ، ويحتملُ أن يُقبل قول من يدعى الصّغر ، لأنه الأصلُ . وهو قول بعض أصحاب الشافعي . ويفارق ما إذا اختلفا في شرطٍ فاسدٍ ، أو إكراهٍ ، لوجهين . أحدهما : أن الأصلَ عدمه . وههنا الأصلُ بقاؤه .

والثاني : أن الظاهر من المُكَلَّف أنه لا يتعاطى إلّا الصحيح . وههنا ما ثبت أنّه كان مُكَلَّفًا ،

وإن قال : بعثك وأنا مجنون . فإن لم يعلم له حال جنون ، فالقول قول المشتري . لأن الأصل عدمه . وإن ثبت أنه كان مجنوناً فهو كالصبي ، ولو قال العبد : بعثك وأنا غير مأذون لي في التجارة . فالقول قول المشتري . نص عليه في رواية مهنا ، لأنه مكلف ، والظاهر : أنه لا يعقد إلا عقداً صحيحاً .

٣٠٤٤ (فصل) وإن مات المتبايعان ، فورثتهما بمنزلهما في جميع ما ذكرناه ، لأنهم يقومون مقامهما في أخذ مالهما ، وإرث حقوقهما ، فكذلك ما يلزمهما ، أو يصير لهما .

٣٠٤٥ (فصل) وإن اختلفا في التسليم فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشتري : لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع ، والثمن في الذمة أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشتري على تسليم الثمن ، فإن كان عيناً ، أو عرضاً بمرضى ، جعل بينهما عدل ، فيقبض منهما ، ثم يسلم إليهما ، وهذا قول الثوري ، وأحد قولي الشافعي . وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق ، وهو قول ثانٍ للشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يجبر المشتري على تسليم الثمن . لأن للبائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاسقيفاء كالمترين .

ولنا : أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه . فكان تقديمه أولى ، سيما مع تعلق الحكم بيمينه ، وتعلق حق البائع بالذمة ، وتقديم ما تعلق باليمين أولى ، لتأكيده . ولذلك يقدم الدين الذي به الرهن في ثمنه ، على ما تعلق بالذمة ويخالف الرهن ، فإنه لا تعلق به بمصلحة عقد الرهن ، والتسليم ههنا يتعلق به بمصلحة عقد البيع ، وأما إذا كان الثمن عيناً ، فقد تعلق الحق بيمينه أيضاً ، كالمبيع ، فاستويا ، وقد وجب لسكل واحدٍ منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه ، فأجبر كل واحدٍ منهما على إيفاء صاحبه حقه .

وروجه الرواية الأخرى : أن الذي يتعلق به استقرار البيع وتمامه هو المبيع ، فوجب تقديمه ، ولأن الثمن لا يتعين بالتعيين ، فأشبهه غير المعين .

إذا ثبت هذا : وأوجبنا التسليم على البائع فسلمه ، فلا يخلو المشتري من أن يكون مؤمراً ، أو مفسراً : فإن كان مؤمراً ، والثمن معه أجبر على تسليمه ، وإن كان غائباً قريباً في يمينه ، أو بلده حُجِرَ عليه في المبيع ، وسائر ماله حتى يسلم الثمن ، خوفاً من أن يتصرف في ماله تصرفاً يضر بالبائع ، وإن كان غائباً عن البلد في مسافة القصر ، فالبائع مخير بين أن يصير إلى أن . جد ، وبين فسخ العقد ، لأنه قد تعذر عليه الثمن ، فهو كالمفلس ، وإن كان دون مسافة القصر ، فله الخيار في أحد الوجهين ، لأن فيه ضرراً عليه ، والثاني : لا خيار له ، لأن مادون مسافة القصر بمنزلة الحاضر ، وإن كان المشتري مفسراً فلا يضر البائع الفسخ في الحال ، والرجوع في المبيع ، وهذا كله مذهب الشافعي ، ويقوى عندي : أنه لا يجب عليه تسليم المبيع ، حتى

يَحْضُرُ الثَّمَنُ ، وَيَتِمَّ كُنَّ الْمُشْتَرَى مِنْ تَسْلِيمِهِ ، لِأَنَّ الْبَائِعَ إِنَّمَا رَضِيَ بِبَذْلِ الْمَبِيعِ بِالثَّمَنِ ، فَلَا يُلْزَمُهُ دَفْعُهُ قَبْلَ حَصُولِ عَوَضِهِ ، وَلِأَنَّ الْمُتَعَاقِدَيْنِ سِوَا فِي الْمَعَاوَضَةِ ، فَيَسْتَوِيَانِ فِي التَّسْلِيمِ ، وَإِنَّمَا يُؤْثَرُ مَا ذَكَرَ مِنَ التَّرْجِيحِ فِي تَقْدِيمِ التَّسْلِيمِ مَعَ حَضُورِ الْعَوَضِ الْآخِرِ ، لَعَدَمِ الضَّرَرِ فِيهِ ، وَأَمَّا مَعَ الْحَظَرِ الْمَحْجُوزِ إِلَى الْحَجَرِ ، أَوْ الْحَجُوزِ لِلْفَسْخِ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يَثْبُتَ ، وَلِأَنَّ شَرْعَ الْحَجَرِ لَا يَنْدَفِعُ بِهِ الضَّرَرُ ، وَلِأَنَّهُ يَقِفُ عَلَى الْحَاكِمِ ، وَيَتَعَذَّرُ ذَلِكَ فِي الْغَالِبِ ، وَلِأَنَّ مَا أَثْبَتَ الْحَجَرُ ، وَالْفَسْخُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ، فَهُوَ أَوْلَى أَنْ يَمْنَعَ التَّسْلِيمَ ، لِأَنَّ الْمَنْعَ أَسْهَلُ مِنَ الرَّفْعِ ، وَالْمَنْعُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ أَسْهَلُ مِنَ الْمَنْعِ بَعْدَهُ ، وَلِذَلِكَ مَلَكَتِ الْمُرَاةُ مَنَعَ نَفْسِهَا قَبْلَ قَبْضِ صَدَاقِهَا ، قَبْلَ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا ، وَلَمْ تَمْلِكْهُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ، وَلِأَنَّ لِلْبَائِعِ مَنَعَ الْمَبِيعِ قَبْلَ قَبْضِ ثَمَنِهِ ، أَوْ كَوْنِهِ بِمَنْزِلَةِ الْمَقْبُوضِ ، لِإِمْكَانِ تَقْبِيضِهِ ، وَإِلَّا فَلَا ، وَكُلَّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : لَهُ الْفَسْخُ ، فَلَهُ ذَلِكَ بِغَيْرِ حُكْمٍ حَاكِمٍ : لِأَنَّهُ فُسِخَ لِلْبَيْعِ ، لِلْإِعْسَارِ بِثَمَنِهِ ، فَلَمَّا كُنَّ الْبَائِعُ ، كَالْفَسْخِ فِي عَيْنِ مَالِهِ إِذَا أَفْلَسَ الْمُشْتَرَى ، وَكُلَّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : يُحْجَرُ عَلَيْهِ ، فَذَلِكَ إِلَى الْحَاكِمِ ، لِأَنَّ وَلَايَةَ الْحَجَرِ إِلَيْهِ .

٣٠٤٦ (فصل) فَإِنْ هَرَبَ الْمُشْتَرَى قَبْلَ وَزْنِ الثَّمَنِ ، وَهُوَ مُعَسَّرٌ ، فَلِلْبَائِعِ الْفَسْخُ فِي الْحَالِ ، لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ الْفَسْخَ مَعَ حَضُورِهِ ، فَعَرَبَهُ أَوْلَى ، وَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَثْبَتَ الْبَائِعُ ذَلِكَ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، ثُمَّ إِنْ وَجَدَ الْحَاكِمُ لَهُ مَالًا ، قَضَاهُ ، وَإِلَّا بَاعَ الْمَبِيعَ ، وَقَضَى ثَمَنَهُ مِنْهُ ، وَمَا فَضَّلَ فَهُوَ لِلْمُشْتَرَى ، وَإِنْ أَعْوَرَ فِي ذِمَّتِهِ ، وَبَقِيَ عِنْدِي أَنَّ لِلْبَائِعِ الْفَسْخَ بِكُلِّ حَالٍ ، لِأَنَّنَا أَبْجَحْنَا لَهُ الْفَسْخَ مَعَ حَضُورِهِ ، إِذَا كَانَ الثَّمَنُ بِعِيدًا عَنِ الْبَلَدِ ، لِمَا عَلَيْهِ مِنْ ضَرَرِ التَّأْخِيرِ ، فَهَذَا مَعَ الْعَجْزِ عَنِ الْإِسْتِيفَاءِ بِكُلِّ حَالٍ أَوْلَى ، وَلَا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ بِرَفْعِ الْأَمْرِ إِلَى الْحَاكِمِ ، لِعَجْزِ الْبَائِعِ عَنْ إِثْبَاتِهِ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، وَقَدْ يَكُونُ الْبَيْعُ فِي مَكَانٍ لَا حَاكِمَ فِيهِ ، وَالْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يَحْضُرُهُ مَنْ يَقْبَلُ الْحَاكِمُ شَهَادَتَهُ ، فِإِحَالَتُهُ عَلَى هَذَا تَضْيِيعٌ لِمَالِهِ ، وَهَذِهِ الْفُرُوعُ تُقَوَّى مَا ذَكَرْتَهُ مِنْ أَنَّ لِلْبَائِعِ مَنَعَ الْمُشْتَرَى مِنْ قَبْضِ الْمَبِيعِ قَبْلَ إِحْضَارِ ثَمَنِهِ ، لِمَا فِي ذَلِكَ مِنَ الضَّرَرِ .

٣٠٤٧ (فصل) وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ الْإِمْتِنَاعُ مِنْ تَسْلِيمِ الْمَبِيعِ بَعْدَ قَبْضِ الثَّمَنِ ، لِأَجْلِ الْإِسْتِيفَاءِ ، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحُسِّنَ عَنْ مَالِكٍ فِي الْقَبِيحَةِ ، وَقَالَ فِي الْجَمِيلَةِ : يَضَعُهَا عَلَى يَدَيِ عَدْلٍ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ ، لِأَنَّ التَّهْمَةَ تَلَحُّقُ فِيهَا ، فَتُنْصَحُ مِنْهَا .

وَلَنَا : أَنَّهُ بَيْعٌ عَيْنٍ لَا خِيَارَ فِيهَا ، قَدْ قَبِضَ ثَمَنُهَا . فَوَجِبَ تَسْلِيمُهَا كَسَائِرِ الْمَبِيعَاتِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ التَّهْمَةِ لَا يُمَكِّنُهُ مِنَ التَّسَلُّطِ عَلَى مَنَعِهِ مِنْ قَبْضِ مَمْلُوكَتِهِ . كَالْقَبِيحَةِ . وَلِأَنَّهُ إِذَا كَانَ اسْتِبْرَأَهَا قَبْلَ بَيْعِهَا . فَاحْتِمَالُ وَجُودِ الْحَلِّ فِيهَا بِعِيدٍ نَادِرٌ . وَإِنْ كَانَ لَمْ يَسْتَبْرَأْ . فَهُوَ تَرَكَ التَّحْفِظَ لِنَفْسِهِ . وَلَوْ طَالَبَ الْمُشْتَرَى الْبَائِعَ بِكَفِيلٍ . لَثَلَا تَظَاهَرَ حَامِلًا لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ . لِأَنَّهُ تَرَكَ التَّحْفِظَ لِنَفْسِهِ حَالِ الْعَقْدِ . فَلَمْ يَكُنْ لَهُ كَفِيلٌ . كَمَا لَوْ طَلَبَ كَفِيلًا بِالثَّمَنِ الْمُؤَجَّلِ .

٣٠٤٨ « مسألة » قال ﴿ ولا يجوز بيع الآبق ﴾

وجملته : أن بيع العبد الآبق لا يصح ، سواء علم مكانه ، أو جماله . وكذلك ما في معناه من الجمل الشارد ، والفرس العائر^(١) ، وشبههما . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي . وروى عن ابن عمر « أنه اشترى من بعض ولده بغيراً شارداً » وعن ابن سيرين : لا بأس ببيع الآبق إذا كان علمهما فيه واحداً ، وعن شريح مثله .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال « نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الخصة ، وعن بيع الفر » رواه مسلم . وهذا بيع غرر . ولأنه غير مقدور على تسليمه ، فلم يجز بيعه ، كالطير في الهواء ، فإن حصل في يد إنسان جاز بيعه ، لإمكان تسليمه .

٣٠٤٩ « مسألة » قال ﴿ ولا الطائر قبل أن يصاد ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا باع طائراً في الهواء لم يصح ، مملوكاً أو غير مملوك . أما المملوك ، فلا أنه غير مقدور عليه ، وغير المملوك لا يجوز لعتنين . إحداهما : العجز عن تسليمه . والثانية أنه غير مملوك له ، والأصل في هذا نهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الفر . وقيل في تفسيره : هو بيع الطير في الهواء ، والسمك في الماء . ولأننا لم في هذا خلافاً ، ولا فرق بين كون الطائر يألف الرجوع ، أو لا يألفه . لأنه لا يقدر على تسليمه الآن . وإنما يقدر عليه إذا عاد .

فإن قيل : فالغائب في مكان بعيد لا يقدر على تسليمه في الحال .

قلنا : الغائب يقدر على استحضاره . والطير لا يقدر صاحبه على رده إلا أن يرجع هو بنفسه ، ولا يستقل مالكه رده . فيكون عاجزاً عن تسليمه ، لعجزه عن الوسطة التي يحصل بها تسليمه ، بخلاف الغائب . وإن باعه الطير في البرج نظرت : فإن كان البرج مفتوحاً لم يجز . لأن الطير إذا قدر على الطيران لم يمكن تسليمه ، فإن كان مغلقاً ويمكن أخذه جاز بيعه . وقال القاضي : إن لم يمكن أخذه إلا بتعيب ومشقة لم يجز بيعه . لعدم القدرة على تسليمه . وهذا مذهب الشافعي . وهو ملغى بالبعيد الذي لا يمكن إحضاره إلا بتعيب ومشقة . وفرقوا بينهما بأن البعيد تعلم الكلفة التي يحتاج إليها في إحضاره بالعادة ، وتأخير التسليم مدته معلومة . ولا كذلك في إمساك الطائر . والصحيح إن شاء الله تعالى أن تفاوت المدّة في إحضار البعيد ، واختلاف المشقة أكثر من التفاوت ، والاختلاف في إمساك طائر من البرج ، والعادة تكون في هذا كالعادة في ذاك . فإذا صح في البعيد مع كثرة التفاوت وشدّة اختلاف المشقة . فهذا أولى .

٣٠٥٠ « مسألة » قال ﴿ ولا السمك في الآجام ﴾

(١) العائر : الذي انفلت من صاحبه .

هذا قول أكثر أهل العلم . رُوِيَ عن ابن مسعود أنه نهى عنه ، وقال : إنه غَرَرٌ ، وكره ذلك الحسن ، والنخعي ، ومالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وأبو يوسف ، وأبو ثور . ولا نعلم لهم مخالفاً . لما ذكرنا من الحديث ، والمعنى لا يجوز بيعه في الماء ، إلا أن يجتمع ثلاثة شروط . أحدها : أن يكون مملوكاً . الثاني : أن يكون الماء رقيقاً ، لا يمنع مشاهدته ، ومعرفة . الثالث : أن يمكن اصطیاده ، وإمساكه . فإن اجتمعت هذه الشروط جاز بيعه . لأنه مملوك ، معلوم ، مقدور على تسليمه . فجاز بيعه ، كالموضوع في الطست . وإن اختلف شرط مما ذكرنا ، لم يجز بيعه لذلك . وإن اختلفت الثلاثة لم يجز بيعه لثلاث علل ، وإن اختلف اثنين منها لم يجز بيعه لعلتين . ورُوِيَ عن عمر بن عبد العزيز ، وابن أبي ليلى ، فيمن له أجمة يجبس السمك فيها ، يجوز بيعه . لأنه يقدر على تسليمه ظاهراً . أشبه ما يحتاج إلى مؤنة في كيله ، ووزنه ، ونقله .

ولنا : ما رُوِيَ عن ابن عمر ، وابن مسعود : أنها قالوا « لا تشتروا السمك في الماء ، فإنه غَرَرٌ » ولأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وهذا منه . ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بعد اصطیاده أشبه الطير في الهواء ، والعبد الأبق ، ولأنه مجهول ، فلم يصح بيعه ، كاللبن في الضرع ، والنوى في التمر ، ويفارق ما ذكروه ، لأن ذلك من مؤنة القبض ، وهذا يحتاج إلى مؤنة ليتمكن قبضه ، فأما إن كانت له بركة فيها سمك له ، يمكن اصطیاده بغير كلفة ، والماء رقيق لا يمنع مشاهدته ، صح بيعه ، وإن لم يمكن إلا بمشقة ، وكلفة يسيرة ، بمنزلة كلفة اصطیاده الطائر من البرج . فالقول فيه كالقول في بيع الطائر في البرج ، على ما ذكرنا فيه من الخلاف ، وإن كانت كثيرة ، وتطول المدة فيه ، لم يجز بيعه ، للمعجز عن تسليمه ، والجهل بوقت إمكان التسليم .

٣٥١ (فصل) إذا أعد بركة ، أو مصفاة ليصطاد فيها السمك ، فحصل فيها سمك مملوك . لأنه آلة معدة للاصطياد ، فأشبه الشبكة ، ولو استأجر البركة ، أو الشبكة ، أو استعارهما للاصطياد جاز ، وما حصل فيهما مملوكه ، وإن كانت البركة غير معدة للاصطياد ، لم يملك ما حصل فيها من السمك . لأنها غير معدة له . فأشبهت أرضه ، إذا دخل فيها صيد ، أو حصل فيها سمك . ومتى نصب شبكة ، أو شركاً ، أو فخاً ، أو أحبولة ملك ما وقع فيها من الصيد . لأنه بمنزلة يده . وكذلك لو نصب المناجل للصيد ، وسمى فقتل صيداً ، حل له أكله . وكان كذبجه . ولو وقع في شبكته ، أو شبهاً شيئاً كان مضموناً عليه ، فعلم بذلك أنه كيدي . ولو أعد لياه الأمطار مصانع^(١) أو بركا ، أو أوان ، ليحصل فيها الماء مملوكه بحصوله فيها . لأنها في باب الإعداد ، كاشباك للاصطياد ، ولو أعد ستفينة

(١) الصانع جمع مصنع ، وهي الأرض يحفظ فيها الماء تشبه الحوض .

للاصطياد ، كالتى يُجَمَلُ فيها الضوء ، وَيَضْرِبُ صَوَانِي الصُّفْرِ^(١) لِيَتَبِ السَّمَكَ فيها ، كان حَصُولُهُ فيها ، كحصوله في شبكتِهِ ، لسكونها صارت من الآلات للمعدة له ، ولو لم يُعِدَّهَا لذلك ، لم يملك ما وقع فيها . ومن سبق إليه ، فأخذه ، مَلَكَهُ ، كالأرض التى لم تُعَدَّ للاصطياد ، مثل أرض الزَّرع ، إذا دخلها ما فيه سَمَكٌ ، ثم نَضَبَ عَنْهُ ، أو دخل فيها طَيْرٌ ، أو عَشَّشَ فِيهَا طَائِرٌ ، أو سقط فيها جَرَادٌ ، أو حَصَلَ فيها مِلْحٌ ، لم يَمْلِكْهُ صاحبُهَا . لأنه ليس من نِماء الأرض ، ولا تماهى مُعَدَّة له ، لسكنه يكون أَحَقُّ بِهِ . إذ ليس لغيره التَخَطُّى فى أرضه ، ولا الانتفاعُ بها ، فإن تَخَطَّى ، وأخذه ، أخطأ ، ومَلَكَهُ .

قال أحمدُ فى وَرْشَانِ^(٢) على نَخْلَةٍ قَوْمٍ صَادَهُ إِنْسَانٌ : هُوَ لَصَائِدٌ ، وقال فى طَيْرَةٍ لِقَوْمٍ أَفْرَخَتْ فى دَارِ جَبْرِائِيلَ : إِنْ الْفَرَخُ يَتَّبِعُ الْأُمَّ ، يَرُدُّ فِرَاحَهَا عَلَى أَصْحَابِ الطَّيْرِ . واختار ابن عَقِيلٍ فى المَأْخُوذِ من أملاك الناس من صَيْدٍ ، وَكَلَّاءٍ ، وَشِبْهِهِ . أَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ بِأَخْذِهِ ، لِأَنَّهُ سَبَبٌ مَنْهِيٌّ عَنْهُ ، فلم يُفِدِ الْمَلِكَ ، كالباعِ الْمَنْهِيَّ عَنْهُ . إذ السَّبَبُ لَا يَخْتَلِفُ بَيْنَ كَوْنِهِ بَيْعًا أَوْ غَيْرَهُ . لقوله عليه السلام « مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ » والصحيح الأول . ولا نُسَمُّ أَنْ السَّبَبُ مَنْهِيٌّ عَنْهُ ، فَإِنَّ السَّبَبَ الْأَخْذُ ، وليس بِمَنْهِيٍّ عَنْهُ . إِنَّمَا نُهَى عَنِ الدَّخُولِ ، وهو غيرُ السَّبَبِ ، بخلاف البَيْعِ ، وَلِأَنَّ النَهْيَ ههنا لِحَقِّ آدَمِيٍّ ، فلا يَمْنَعُ الْمَلِكَ ، كبيعِ الْمَصْرَاةِ ، وَالْمَعْيَبِ ، وَتَلَقَّى الرُّكْبَانِ^(٣) ، وَالنَّجَشِ^(٤) ، وَبَيْعِهِ عَلَى تَبْعِ أَخِيهِ . ولو أَعَدَّ أرضه لِلْمِلْحِ ، فَجَمَلَهَا مَلَاخَةً لِيَحْصُلَ فِيهَا الْمَاءُ ، فَيَصِيرُ مِلْحًا ، كالأرض التى على ساحل البحر ، يَجْمَلُ إِلَيْهَا طَرِيقًا لِلْمَاءِ . فإذا امْتَلَأَتْ قُطْعَةً عَنْهَا ، أو تَسْكُونُ أرضه سَبْخَةً يَفْتَحُ إِلَيْهَا الْمَاءُ مِنْ عَيْنٍ ، أو يَجْمَعُ فِيهَا ماءُ الْمَطَرِ ، فَيَصِيرُ مِلْحًا ، مَلَكَهُ بِذَلِكَ . لأنها مُعَدَّةٌ لَهُ . فَأَشْبَهَتْ الْإِبْرَكَةَ الْمُدَّةَ لِلصَّيْدِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَعَدَّهَا لذلك ، لم يملك ما حصل فيها ، كما قد متنا فى مثْلِهَا .

فإن قيل : فقد رَوَى عَنْ أَحَدٍ فى إِنْسَانٍ رَمَى طَيْرًا بِبُنْدُقٍ فَوَقَعَ فى دَارِ قَوْمٍ ، فهو لَمْ دُونَهُ ، وهذا يدلُّ عَلَى أَنَّهُمْ مَلَكُوهُ بِحَصُولِهِ فى دَارِهِمْ ؟

(١) الصفر : نوع من أنواع النحاس .

(٢) الورشان : طائر يسمى ساق حر ، ولحمه أخف من لحم الحمام .

(٣) تلقى الركبان : أن يخرج التاجر ليقابل أهل الأرياف الذين يحضرون بيضاعتهم فيشتريها منهم بسعر رخيص قبل أن يعرفوا سعر السوق فى البلد .

(٤) النجش : أنواع ، منها : أن تواطىء إنساناً يريد بيع شيء على أن تمدحه حتى يشتريه الناس بناء على مدحك ، ومنها أن يريد إنسان بيع شيء فتساومه بثمان كثير لينظر إليك غيرك فيقع فيه ، ومنها أن يصرف أنظار المشتريين عن الشيء حتى يذهبوا لشراء غيره .

قلنا : هذا محمول على أنه وقع مُتَمَتِّعًا ، فصاده أهل الدار ، فملكوه باصطيادهم ، كذلك قال ابن عقيل .
ويتمتعين حمله على هذا . لأنهم إذا لم يملكوا ما حصل في دارهم بفعل الله تعالى ، فما حصل بفعل آدمي أولى ،
ولأنه وقع في الدار بعد الضربة المُشَبَّطَةِ له ، التي يملك بها الصيد . فأشبهه ما لو أطاررت الريح ثوب
إنسان فألقته في دارهم ، ولو كانت آلة الصيد كالشبكة ، والشرك ، والمناجل غير منصوبة للصيد ،
ولا قصد بها الاصطياد ، فتعاق بها صيد ، لم يملكه صاحبها بذلك . لأنها غير مُعَدَّة للصيد في هذه
الحال . فأشبهت الأرض التي ليست مُعَدَّة له .

٣٠٥٢ (فصل) وما حصل من الصيد في كلب إنسان ، أو صقريه ، أو فهديه ، وكان استرسل
بإرسال صاحبه ، فهو له . لأنه آكد من الشبكة . لأنه حيوان يحصل بفعله ، وقصده ، وإرسال صاحبه ،
فهو كسهميه . ولأن الله تعالى قال (٥ : ٤) فَكُلُوا مِمَّا أُمْسَكْنَ عَيْنَكُمْ) وإن استرسل بنفسه ،
فحكمه حكم الصيد الحاصل في أرض إنسان ، في أنه لا يملكه . وليس لغيره أخذه . فإن أخذه غيره
ملكه كالكلأ ، وكذلك ما يحصل في بهيمة إنسان ، من الحشيش في المرعى .

٣٠٥٣ « مسألة » قال والوكيل إذا خالف فهو ضامن ، إلا أن يرضى الأمر ، فيلزمه ^ب وجلة
ذلك : أن الوكيل إذا خالف مؤكَّله ، فاشتري غير ما أمره بشرائه أو باع ما لم يؤذن له في بيعه ،
أو اشتري غير ما عين له . فعليه ضمان ما فوّت على المالك ، أو تلف . لأنه خرج عن حال الأمانة ،
وصار بمنزلة الغاصب . فأما قوله « إلا أن يرضى الأمر فيلزمه » يعني إذا اشتري غير ما أمره بشرائه ،
بشئ في ذمته ، فإن الشراء صحيح ، ويقف على إجازة الموكَّل . فإن أجاز له لزمه . وعليه الثمن . وإن
لم يقبل لزم الوكيل . ويتمتع حمله على هذه الصورة . لأنه قد بين في موضع آخر . فقال : إلا أن
يكون اشتراه بعين المال . فيبطل الشراء . وذكره في كتاب العتق أيضاً ، فلذلك تعين حمل هذه
المسألة على ما قلنا ، وإنما صح الشراء . لأنه مُتَصَرَّف في ذمته ، لا في مال غيره ، وسواء نقد الثمن
من مال الموكَّل أم لا ، لأن الثمن هو الذي في الذمة ، والذي نقده عوضه ، ولذلك قلنا : إنه إذا اشتري
في الذمة ، ونقده الثمن بعد ذلك ، كان له البدل . وإن خرج مَفْضُوبًا لم يبطل العقد ، وإنما وقف على إجازة
الأمير . لأنه قصد الشراء له . فإن أجاز له لزمه ، وعليه الثمن ، وإن لم يقبله لزم من اشتراه .

٣٠٥٤ (فصل) وإن اشتري بعين مال الأمر ، أو باع بغير إذنه ، أو اشتري لغير مؤكَّله ، شيئاً
بعين ماله ، أو باع ماله ، بغير إذنه ، فقيه روايتان :

إحداها : البيع باطل . ويجب ردّه ، وهذا مذهب الشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر .

والثانية : البيع والشراء صحيحان ، ويقف على إجازة المالك ، فإن أجاز له نفذ ولزم البيع ، وإن

لم يحزهُ بطل ، وهذا مذهب مالك ، وإسحاق ، وقول أبي حنيفة في البيع . فأما الشراء فعنده يقع للمشتري ، بكل حال .

ووجه هذه الرواية : ما روى عروة بن الجعد البارق ، رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به شاة ، فأشترى شاتين ثم باع إحداهما ، بدینار في الطريق . قال : فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم ، بالدينار ، والشاة فأخبرته فقال : بارك الله لك في صفقة يمينك » رواه الأثرم ، وابن ماجه . ولأنه عقد له مجزئ حال وقوعه ، فيجب أن يقف على إجازته ، كالوصية .

ووجه الرواية الأولى : قول النبي صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » رواه ابن ماجه ، والترمذی ، وقال حديث : حسن صحيح ، يعنى مالا تملك . لأنه ذكره جواباً له حين سأل : أنه يبيع الشيء ثم تمضي قبضته ، ويسلمه ، ولا نقاشنا على صحة بيع ماله الغائب ، ولأنه باع مالا يقدر على تسليمه ، فأشبهه الطير في الهواء ، والوصية بتأخر فيها القبول عن الإيجاب ، ولا يعتبر أن يكون لها مجزئ حال وقوع العقد ، ويجوز فيها من الفرار مالا يجوز في البيع ، فأما حديث عروة فمحمله على أن وكالته كانت مطلقة . بدليل أنه سلم وتسلم ، وليس ذلك لغير المالك باتفاقنا .

٣٠٥٥ (فصل) ولا يجوز أن يبيع عينا لا يملكها ليخصي ويشتريها ، ويسلمها رواية واحدة وهو قول الشافعي ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، لأن حكيم بن حزام قال للنبي صلى الله عليه وسلم « إن الرجل يأتيني فيتمس من البع ما ليس عندي ، فأمنضى إلى السوق فأشتريه ثم أبيع منه » فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تبع ما ليس عندك .

٣٠٥٦ (فصل) ولو باع سلعة ، وصاحبها حاضر ، ساكت ، فحكمه حكم ما لو باعها من غيره . في قول أكثر أهل العلم . منهم أبو حنيفة ، وأبو نور ، والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى : سكوتها إقرار : لأنه دليل على الرضى ، فأشبهه سكوت السكر في الإذن في نكاحها .

ولنا : أن السكوت محتمل ، فلم يكن إذناً ، كسكوت الثيب . وفارق سكوت البكر ، لوجود الحياء المانع من الكلام في حقها . وليس ذلك بموجود ههنا .

٣٠٥٧ (فصل) وإذا وكل رجلين في بيع سلعة ، فباع كل واحد منهما السلعة من رجل ، بمن مسمى فالبيع للأول منهما ، روى هذا عن شريح ، وابن سيرين ، والشافعي ، وابن المنذر ، وحكي عن ربيعة ، ومالك . أنهما قالا : هي للذي بدأ بالقبض .

ولنا : أنه قد روى في حديث « إذا باع المجيزان فهو للأول » رواه ابن ماجه ، ولأن

الوكيل الثاني زالت وكالته بانتفاء ملك الموكّل عن السلعة . فصار بائناً ملك غيره بغير إذنه . فلم يصح ، كما لو قبض الأول ، أو كما لو زوج أحد الوليّين بعد الأول .

٣٠٥٨ « مسألة » قال ﴿ ويبيع الملامسة ، والمنا بذة غير جائز ﴾ .

لا نعلم بين أهل العلم خلافاً في فساد هذين البيعين . وقد صحح أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن الملامسة والمنا بذة » متفق عليه ، واللامسة : أن يبيعه شيئاً ولا يشاهده على أنه متى لمسه وقع البيع ، والمنا بذة ، أن يقول : أيّ ثوب تبذته^(١) إلى فقد اشتريته بكذا . هذا ظاهر كلام أحمد ، ونحوه ، قال مالك ، والأوزاعي ، وفيما روى البخاري « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن المنا بذة ، وهي طرح الرجل ثوبه بالبيع إلى الرجل قبل أن يقبله أو ينظر إليه ، ونهى عن الملامسة لئس الثوب لا ينظر إليه » وروى مسلم في صحيحه ، عن أبي هريرة في تفسيرها ، قال : هو لئس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل . والمنا بذة : أن يبيد كل واحد ثوبه ولم ينظر كل واحد منهما إلى ثوب صاحبه « وعلى ما فسرناه به لا يصح البيع فيهما لعلتين . إحداهما : الجهالة . والثانية : كونه معلقاً على شرط . وهو تبذ الثوب إليه ، أو لمسه له ، وإن عقد البيع قبل تبذره ، فقال : بعتك ما تلسه من هذه الثياب ، أو ما أنبذه إليك ، فهو غير معين ، ولا موصوف . فأشبهه ما لو قال : بعتك واحداً منها .

٣٠٥٩ (فصل) ومن البيوع المنهية عنها : بيع الحصة . فإن أبا باهريرة روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحصة » رواه مسلم . واختلف في تفسيره : فقيل : هو أن يقول : إنم هذه الحصة فعلى أيّ ثوب وقمت فهو لك بذرتهم ، وقيل : هو أن يقول بعتك من هذه الأرض مقدار ما تبلغ هذه الحصة إذا رمتيها بكذا ، وقيل : هو أن يقول : بعتك هذا بكذا ، على أيّ متى رمت هذه الحصة وجب البيع . وكل هذه البيوع فاسدة ، لما فيها من الفرار والجهل . ولا نعلم فيه خلافاً .

٣٠٦٠ (فصل) وروى أنس قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة ، والمحاضرة ، واللامسة والمنا بذة » أخرجه البخاري . والمحاضرة : بيع الزرع الأخضر ، والتمر قبل بدو صلاحها ، بغير شرط القطع ، والمحاقلة : بيع الزرع بحب من جنسه . قال جابر : « المحاقلة أن يبيع الزرع بمائة فرق حنطة » قال الأزهرى : الحقل القراح المزروع ، والحوائل المزراع ، وفسر أبو سعيد المحاقلة باستكراء الأرض بالحنطة .

(١) نبذته إلى ، أعطيته لي .

٣٠٦١ « مسألة » قال ﴿ وكذلك بيعُ الحُلِّ غيرِ أُمّةٍ ، واللّبنِ في الضرع ﴾
معناه بيعُ الحُلِّ في البطنِ دونَ الأمِّ . ولا خلافُ في قَسَادِهِ . قال ابنُ المنذر : وقد أجمعوا على أن
يَبْعَ المَلَأَقِيحُ ، والمَضَامِينِ غيرُ جائزٍ ، وإنّما لم يَحْزُ بِبَيْعِ الحُلِّ في البطنِ لوجهين .
أحدهما : جَهَالَتُهُ . فإنّه لا تُعَلَّمُ صِفَتُهُ ، ولا حَيَاتُهُ .

والثاني : أنّه غيرُ مقدورٍ على تسليمه ، بخلاف الغائب . فإنّه بقدرُ على الشروع في تسليمه ، وقد
رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ المَضَامِينِ
وَالْمَلَأَقِيحِ » قال أبو عبيدة : المَلَأَقِيحُ : مَا فِي البُطُونِ ، وَهِيَ الْأَجِنَّةُ . وَالْمَضَامِينُ : مَا فِي أَصْلَابِ
الْفُحُولِ . فَكَانُوا يَبِيعُونَ الْجَنِينَ فِي بَطْنِ النّاقَةِ ، وَمَا يَضُرُّ بِهِ الْفُحْلُ فِي عَامِهِ ، أَوْ فِي أَعْوَامِ ،
وَأَنشَد :

إِنَّ المَضَامِينَ الَّتِي فِي الصُّلْبِ مَاءُ الْفُحُولِ فِي الظُّهُورِ الْحَذْبِ
وروى ابنُ عمر « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَجْرِ » قال ابنُ الأعرابي :
الْمَجْرُ : مَا فِي بَطْنِ النّاقَةِ ، وَالْمَجْرُ : الرِّبَا ، وَالْمَجْرُ : الْقِمَارُ ، وَالْمَجْرُ : الْمَحَاقِلَةُ وَالْمَرْابِئَةُ .
(فصل) وقد رَوَى ابنُ عمر عن النبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « أَنَّهُ نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبْلِ الْحَبَلَةِ » متفق
عليه ، معناه : نَقَاجُ الْفَتَاجِ . قاله أبو عبيدة . وعن ابنِ عمر قال « كَانَ أَهْلُ الْجَاهِلِيَّةِ يَذْبَأُ يَتَوْنُ لَحْمَ الْجَزُورِ
إِلَى حَبْلِ الْحَبَلَةِ : أَنْ تُذْبَحَ النّاقَةُ ثُمَّ تُحْمَلَ الَّتِي تُنَجَّتْ . فَتَمَاهُمُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَكَلَّا الْبَيْعِينَ فَاسِدًا . أَمَّا الْأَوَّلُ : فَلأنّه بيعُ معدومٍ ، وإذًا لم يَحْزُ بِبَيْعِ الحُلِّ فَيَبْعُ سَحْلَهُ
أولى . وأما الثاني : فَلأنّه يَبْعُ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ .

٣٠٦٢ (فصل) ولا يجوز بيع اللبن في الضرع . وبه قال الشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي .
ونهى عنه ابنُ عباس ، وأبو هريرة . وكرهه طاوس ، ومجاهد . وحكى عن مالك : يجوزُ أَيْتَامًا معلومة
إذا عَرَفَا حِلَابَهَا لِسَقِي الصَّيِّ ، كَلْبَنِ الظُّئْرِ^(١) وأجازه الحسن ، وسعيد بن جبير ، ومحمد بن مسلمة .
ولنا : ما رَوَى ابنُ عباس « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى أَنْ يُبَاعَ صُوفٌ قَلَى ظَهْرٍ ،
أَوْ ابْنٌ فِي ضَرْعٍ » رواه الخلال بإسناده ، ولأنّه مجهولُ الصفةِ والمقدارِ . فأشبهه الحُلَّ . لأنّه بيعُ عينٍ لم
تُخْلَقْ . فلم يَحْزُ كَبَيْعِ مَا تَحْمِلُ النّاقَةُ ، والعادة في ذلك تختلفُ . وأما ابنُ الظُّئْرِ فَلأنّما جاز لِلْحِضَانَةِ .
لأنّه مُؤَضِّعٌ حَاجَةٌ .

٣٠٦٣ (فصل) واختلفت الرواية في بيع الصوف على الظهر . فرَوَى أَنَّهُ لَا يَحْزُ بِبَيْعِهِ . لما ذكرنا

(١) الظئر : هي العاطفة على ولد غيرها المرصعة له من الناس وغيرهم .

من الحديث . ولأنه متصل بالحيوان . فلم يجوز إفراؤه بالعقد ، كأعضائه . ورؤى عنه : أنه يجوز بشرط جزئه في الحال . لأنه معلوم يمكن تسليمه فجاز بيعه كالرطبة ، وفارق الأعضاء ، فإنه لا يمكن تسليمها مع سلامة الحيوان ، والخلاف فيه كالخلاف في اللبن في الضرع . فإن اشتراه بشرط القطع ، فتركه حتى طال ، فحسكه حكم الرطبة إذا اشتراها ، فتركها حتى طالت .

٣٠٦٤ (فصل) ولا يجوز بيع ما تجهل صفته ، كالمسك في الفأرة^(١) ، وهو الوعاء الذي يكون فيه . قال الشاعر :

إِذَا التَّاجِرُ الْهِنْدِيُّ جَاءَ بِفَأْرَةٍ مِنْ الْمِسْكِ رَاحَتْ فِي مَفَارِقِهِمْ تَجْرِي^(٢)

فإن فتّح وشاهد ما فيه جاز بيعه ، وإن لم يشاهده لم يجوز بيعه ، للجهالة ، وقد قال بعض الشافعية : يجوز . لأن بقاءه في فأره مصلحة له ، فإنه يحفظ رطوبته ، وذكاء رائحته ، فأشبه ما مأكوله في جوفه .

ولنا : أنه يبقى خارج وعائه من غير ضرر ، وتبقى رائحته . فلم يجوز بيعه مستورا ، كالدر في الصدف . وأما ما مأكوله في جوفه . فأخراجه يقضى إلى تلّقه . والتفصيل في بيعه مع وعائه ، كالتفصيل في بيع السم في ظرفه . ومن ذلك البيض في الدجاج ، والنوى في التمر . لا يجوز بيعهما للجمل بهما . ولا نعلم في هذا خلافا نذكره .

٣٠٦٥ (اصل) فأما بيع الأعمى ، وشراؤه ، فإن أمكنه معرفة المبيع بالذوق ، إن كان مطعوما ، أو بالشم إن كان مشموما . صح بيعه ، وشراؤه . وإن لم يمكن ، جاز بيعه كالبصير . وله خيار الخلف في الصفة وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة . وأثبت أبو حنيفة له الخيار إلى معرفته بالمبيع ، إما بحسه ، أو ذوقه ، أو وصفه . وقال عبيد الله ابن الحسن : شراؤه جائز . وإذا أمر إنسانا بالنظر إليه لزمه ، وقال الشافعي : لا يجوز إلا على الوجه الذي يجوز فيه بيع الجاهل ، أو يكون قد رآه بصيرا ، ثم اشتراه قبل مضى زمن يتغير المبيع فيه . لأنه مجهول الصفة عند العاقد . فلم يصح ، كبيع البيض في الدجاج ، والنوى في التمر .

(١) الفأر : هو المسك نفسه ، والفأرة هي وعاء المسك ، وعلى ذلك يكون الشارح عبر باللفظ الذي يدل على المسك عن وعائه والأولى أن يقال (في الفأرة) .

(٢) هذا البيت قاله الشاعر يندد بما يفعله الولاة على البلاد في أيام عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ويشكوه إليه ، ويتهمهم بالرشوة وأنهم يأخذونها من التجار الهندي بوعاء فيه المسك أخذ منه الوالي بلا مقابل ووضعه في شعره حتى يرى في مفرقه .

ولنا : أنه يمكن الاطلاع على المقصود ، ومعرفة ، فأشبه بيع البصير . ولأن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه . فكذلك ثم الأعمى وذوقه ، وأما البيض ، والنوى ، فلا يمكن الاطلاع عليه ، ولا وصفه ، بخلاف مسألتنا .

٣٠٦٦ « مسألة » قال ﴿ وبيع عسب الفحل غير جائز ﴾

عسب الفحل : ضرابه . وبيعه أخذ عوصه . وتسمى الأجرة : عسب الفحل تجازاً . وإجارة الفحل للضراب حرام والعقد فاسد . وبه قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وحكى عن مالك جواز . قال ابن عقيل : ويحتمل عندى الجواز . لأنه عقد على منافع الفحل ، ونزوه^(١) . وهذه منفعة مقصودة ، والماء تابع . والغالب حصوله عقيب نزوه . فيكون كالعقد على الظئر ، ليحصل اللبن في بطن الصبي . ولنا : ما روى ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع عسب الفحل » رواه البخاري ، وعن جابر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضرباب الجمل » رواه مسلم . ولأنه مما لا يقدر على تسليمه : فأشبه إجارة الأبق ولأن ذلك متعلق باختيار الفحل ، وشهوته . ولأن المقصود هو الماء ، وهو مما لا يجوز إفراده بالعقد ، وهو مجهول . وإجارة الظئر خوفاً فيه الأصل ، لمصلحة بقاء آدمي ، فلا يقاس عليه ما ليس مثله . فعلى هذا : إذا أعطى أجرة لعسب الفحل فهو حرام على الآخذ ، لما ذكرناه . ولا يحرم على المعطى . لأنه بذل ماله لتخصيل مباح . نتاج إليه ، ولا يمنع هذا ، كما في كسب الحجام ، فإنه خبيث . وقد أعطى النبي صلى الله عليه وسلم الذي حججه . وكذلك أجرة السكنج ، والصحابة أباحوا شراء الصاحف ، وكرهوا بيعها . وإن أعطى صاحب الفحل هدية ، أو أكرمه من غير إجارة جاز . وبه قال الشافعي . لما روى أنس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا كان إكراماً فلا بأس » ولأنه سبب مباح . فجاز أخذ الهدية عليه ، كالحجامة . وقال أحمد في رواية ابن القاسم : لا يأخذ ، فقيل له : ألا يكون مثل الحجامة يعطى وإن كان منهياً عنه ؟ فقال : لم يبلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى في مثل هذا شيئاً ، كما بلغنا في الحجامة ، ووجهه أن ما منع أخذ الأجرة عليه منيع قبول الهدية ، كمنع البني^(٢) ، وحلوان السكاهن ، قال القاضي :

(١) نزو الفحل : لقاحه للأنثى .

(٢) مهر البني : النقود التي تطل المرأة الساقطة في نظير إتيانها ، وهذه النقود ليست مهراً ، وإنما هي أجرة ، وقد أطاعوا عليها المهر تشبيهاً بالمهر . وحلوان السكاهن هو ما يأخذه الشخص الذي يدعى معرفة الغيب ، كالذي يرى البضئ للناس في كتاب أو يغرب الرمل ، أو يفتح المندل ، أو يحسب النجم أو نحو ذلك ، فهنا كله حرام .

هذا مقتضى النظر ، لكن ترك مقتضاه في الحجام ، فيبقى فيما عداه على مقتضى القياس ، والذي ذكرناه أرفق بالناس ، وأوفق للقياس ، وكلام أحد يحمل على الورع ، لا على التحريم .

٣٠٦٧ « مسألة » قال (والنجش منهي عنه . وهو أن يزيد في السلعة . وليس هو مشترياً لها) النجش : أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها ، ليقتردي به المشتام ، فيظن أنه لم يزد فيها هذا القدر ، إلا وهي تساويه ، فيغتر بذلك . فهذا حرام وخداع . قال البخاري « الناجش آكل رباً خائناً ، وهو خداع باطل لا يحل » وروى ابن عمر : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش » وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تلقوا الركبان ، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض ، ولا تناجشوا . ولا يبيع حاضر لباد » متفق عليهما ، ولأن في ذلك تفريراً بالمشتري ، وخديعة له . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اتلذذوا في النار » فإن اشترى مع النجش ، فالشراء صحيح ، في قول أكثر أهل العلم . منهم الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وعن أحد : أن البيع باطل . اختاره أبو بكر . وهو قول مالك . لأن النهي يقتضي الفساد .

ولنا : أن النهي عاد إلى الناجش ، لا إلى العاقد . فلم يؤثر في البيع . ولأن النهي لحق الأدنى ، فلم يفيد العقد ، كتماعى الركبان ، ويبيع المغييب ، والمُدَّاس ، وفارق ما كان لحق الله تعالى ، لأن حق الأدنى يمكن جبره بالخيار ، أو زيادة في الثمن ، لكن إن كان في البيع غبن لم تجز العادة بمثله ، فالمشتري الخيار بين الفسخ ، والإمضاء ، كما في تلقى الركبان . وإن كان يتمايز^(١) بمثله ، فلا خيار له . وسواء كان النجش بمواطأة من البائع ، أو لم يكن . وقال أصحاب الشافعي : إن لم يكن ذلك بمواطأة البائع ، وعليه فلا خيار له . واختلفوا فيما إذا كان بمواطأة منه ، فقال بعضهم : لا خيار للمشتري ، لأن التفریط منه حيث اشترى ما لا يعرف قيمته .

ولنا : أنه تفرير بالعاقد . فإذا كان مغبوناً ثبت له الخيار ، كما في تلقى الركبان ، ويبطال ما ذكره ، بتلقى الركبان .

٣٠٦٨ (فصل) ولو قال البائع : أعطيت بهذه السلعة كذا ، وكذا ، فصدقه المشتري ، واشتراها بذلك ، ثم بان كاذباً . فالبيع صحيح . والمشتري الخيار أيضاً . لأنه في معنى النجش .

٣٠٦٩ (فصل) وقوله عليه السلام « لا يبيع بعضكم على بيع بعض » معناه : أن الرجلين إذا تبايعا ، فجاء آخر إلى المشتري في مدة الخيار ، فقال : أنا أبيعك مثل هذه السلعة بدون هذا الثمن ، أو أبيعك خيراً منها بثمنها ، أو دونه ، أو عرض عليه سلعة رغب فيها المشتري ففسخ البيع ، واشترى هذه . فهذا غير جائز .

(١) يتمايز بمثله : يعني يحدث مثله زيادة ونقصاً عند شراء الناس ويبيع بعضهم لبعض .

لنهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه. ولما فيه من الإضرار بالمُسْلِمِ والإفسادِ عليه. وكذلك إن اشترى على شراء أخيه وهو أن يجيء إلى البائع قبل لزوم العقد، فيدفع في المبيع أكثر من الثمن الذي اشترى به، فهو مُحَرَّمٌ أيضاً، لأنه في معنى المنهى عنه. ولأن الشراء يُسمَّى بيعاً، فيدخل في النهي. ولأن النبي صلى الله عليه وسلم «نهى أن يُخطبَ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ» وهو في معنى الخطاب، فإن خالف، وعقد، فالبيع باطل. لأنه منهى عنه، والنهي يقتضي الفساد، ويحتمل أنه صحيح، لأن المحرم هو عَرَضُ سَلْعَتِهِ على المشتري أو قوله الذي فُسِّخَ البيع من أجله، وذلك سابق على البيع، ولأنه إذا صحَّ الفسخ الذي حصل به الضرر فالبيع المُحَصَّل للمصلحة أولى ولأن النهي لحق آدمي فأشبهه ببيع النجش، وهذا مذهب الشافعي.

٣٠٧٠ (فصل) وروى مسلم عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «لا يَسُومَ الرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ^(١)» ولا يخلو من أربعة أقسام:

أحدها: أن يوجد من البائع تصريح بالرضا بالبيع، فهذا يُحرَّم السوم على غير ذلك المشتري، وهو الذي تناوله النهي.

الثاني: أن يظهر منه ما يدل على عدم الرضا، فلا يحرم السوم، لأن النبي صلى الله عليه وسلم باع فيمن^(٢) يزيد، فروى أنس «أن رجلاً من الأنصار شكى إلى النبي صلى الله عليه وسلم الشدة والجهد، فقال له: أما بقي لك شيء؟ فقال: بلى، قدح وحلُس^(٣)»، قال: فأتني بهما، فأناهما بهما، فقال: من يبتاعهما؟ فقال رجل: أخذتهما يدرهما، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: من يزيد على درهما؟ من يزيد على درهما؟ فأعطاه رجل درهماين، فباعهما منه» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن، وهذا أيضاً إجماع المسلمين، يبيعون في أسواقهم بالمزايدة.

الثالث: أن لا يوجد منه ما يدل على الرضا، ولا على عدمه، فلا يجوز له السوم أيضاً، ولا الزيادة، استدلالاً بحديث فاطمة بنت قيس حين ذكرت للنبي صلى الله عليه وسلم «أن معاوية وأبا جهيم خطباها، فأمرها أن تنكح أسامة» وقد نهى عن الخطبة على أخيه، كما نهى عن السوم على سَوْمِ أَخِيهِ، فما أبيع في أحدهما، أبيع في الآخر.

(١) السوم: إعطاء سعر للشيء المراد شراؤه أو بيعه ومعنى لا يسوم الرجل على سوم أخيه، لا يزيد على سعره الذي أراد أن يشتري به، ولا ينقص عن السعر الذي أراد أن يبيع به بخساً له.

(٢) فيمن يزيد: أي باع بالمزاد، كما هو معروف الآن.

(٣) القدح: الكوز ونحوه، والحلُس: بكر الحاء وسكون اللام، وبفتح الحاء واللام كساء على ظهر البعير تحت البرذعة ويسيطر في البيت تحت الثياب الثمينة.

الرابع : أن يظهر منه ما يدل على الرضا من غير تصريح ، فقال القاضي : لا تحرّم المساومة ، وذكر أن أحمد نص عليه في الخطبة ، استدلالاً بحديث فاطمة ، ولأن الأصل إباحة السّوم والخطبة ، فحرّم منه ما وجد فيه التصريح بالرضا ، وما عداه يبقّى على الأصل ، ولو قيل بالتحريم ههنا لكان وجهاً حسناً ، فإنّ النهي عام خرجت منه الصّورُ المخصوصة بأدلتها ، فتبقى هذه الصّورة على مقتضى العموم ، ولأنه وجد منه دليل الرضا ، أشبه ما لو صرح به ، ولا يضرّ اختلاف الدليل ، بعد التساوى في الدلالة . وليس في حديث فاطمة ما يدل على الرضا . لأنها جاءت مُستشيرةً للنبي صلى الله عليه وسلم . وليس ذلك دليلاً على الرضا . فكيف ترضى ، وقد نهاها النبي صلى الله عليه وسلم بقوله : « لَا تَتَوَيْدُنَا بِنَفْسِكَ » فلم تكن تفعل شيئاً قبل مُراجعة النبي صلى الله عليه وسلم ، والحكم في الفساد كالحكم في البيع ، على بيع أخيه ، في الموضع الذي حكمنا بالتحريم فيه .

٣٠٧١ (فصل) بيع التلجئة باطل . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة والشافعي : هو صحيح ، لأن البيع تمّ بأركانه ، وشروطه ، خالياً عن مقارنة مُفسدٍ ، فصَحَّ كما لو انفقا على شرطٍ فاسدٍ . ثم عقدا البيع بغير شرطٍ .

ولنا : أنهما ما قصدا البيع ، فلم يصحّ منهما ، كالهالين ، ومعنى بيع التلجئة أن يخاف أن يأخذ السلطان ، أو غيره من ملكه ، فيواطىء رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ، ليحتجّ بذلك : ولا يُردانَ ببيعاً حقيقياً .

٣٠٧٢ « مسألة » قال « فإن باع حاضرٌ لبادٍ فالبيع باطل »

وهو أن يخرج الحضرى إلى البادى ، وقد جلب السلعة فيعرفه السّعر ، ويقول : أنا أبيع لك ، فهى النبي صلى الله عليه وسلم . عن ذلك . فقال : « دَعُوا النَّاسَ يَرْزُقِ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » والبادى ههنا من يدخل البلدة من غير أهلها ، وسواء كان بدوياً ، أو من قرية أو بلدة أخرى . نهى النبي صلى الله عليه وسلم الحاضر أن يبيع له ، قال ابن عباس « نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يُتَلَقَّى الرَّكْبَانُ ، وَأَنْ يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ قَالَ : فَقُلْتُ لَابْنِ عَبَّاسٍ : مَا قَوْلُهُ حَاضِرٌ لِبَادٍ ؟ قَالَ : لَا يَكُونُ لَهُ سِمَارٌ » ، متفق عليه وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَا يَبِيعُ حَاضِرٌ لِبَادٍ دَعَا النَّاسَ يَرْزُقِ اللَّهُ بَعْضَهُمْ مِنْ بَعْضٍ » رواه مسلم ، وابن عمر ، وأبو هريرة ، وأنس . والمعنى في ذلك : أنه متى ترك البدوى يبيع سلعته اشتراها الناس برخص ، ويوسع عليهم السّعر . فإذا نول الحاضر بيعها ، وامتنع من بيعها إلا بسعر البلد ضاق على أهل البلد . وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم في تعليقه إلى هذا المعنى . وممن كره بيع الحاضر للبادى . طلحة بن عبيد الله ، وابن عمر ، وأبو هريرة ، وأنس ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والليث والشافعي ، ونقل أبو إسحق بن شافلاً في جملة سماعته : أن الحسن بن علي المصبرى سأل

أحمد عن بيع حاضرٍ لبادٍ؟ فقال : لا بأس به . فقال له : فالحبر الذي جاء بالنهي ؟ قال : كان ذلك مرةً ، فظاهرُ هذا . صحةُ البيع ، وأن النهي اختصَّ بأول الإسلام ، لما كان عليهم من الضيق في ذلك ، وهذا قول مجاهد ، وأبي حنيفة ، وأصحابه ، والمذهب الأول ، لعموم النهي ، وما يثبت في حقهم يثبت في حقنا ، ما لم يُقَمْ على اختصاصهم به دليلٌ ، وظاهر كلام الخِرَقي : أنه يحرم بثلاثة شروط .
أحدها : أن يكون الحاضر قصدَ البادي ليقبضَ البائع له .

والثاني : أن يكون البادي جاهلاً بالسعر ، لقوله : فيعترفه السعر ، ولا يكون التعريف إلا للجاهل ، وقد قال أحمد في رواية أبي طالب : إذا كان البادي عارفاً بالسعر لم يحرم .

الثالث : أن يكون قد جلب السلع للبائع ، لقوله : وقد جلب السلع ، والجالب هو الذي يأتي بالسلع ليبيعهما ، وذكر القاضي شرطين آخرين .
أحدهما : أن يكون مريداً لبيعهما بسعرٍ بؤيهما .

والثاني : أن يكون بالناس حاجةً إلى متاعه وضيقٌ في تأخير بيعه ، وقال أصحاب الشافعي : إنما يحرم بشروط أربعة . وهي ما ذكرنا ، إلا حاجة الناس إلى متاعه ، فتى اختل منها شرط ، لم يحرم البيع ، وإن اجتمعت هذه الشروط فالبيع حرامٌ ، وقد صرح الخِرَقي ببطلانه ، ونص عليه أحمد في رواية إسماعيل بن سعيد ، قال : سألتُ أحمد عن الرجل الحضرى يبيع للبدوي ؟ فقال : أكره ذلك ، وأردُّ البيع في ذلك ، وعن أحمد رواية أخرى : أن البيع صحيحٌ ، وهو مذهب الشافعي ، لسكون النهي لمعنى في غير المنهى عنه .

ولنا : أنه منهى عنه . والنهي يقتضى فساد المنهى عنه .

٣٠٧٣ (فصل) فأما الشراء لهم . فيصح عند أحمد ، وهو قول الحسن ، وكرهت طائفةُ الشراء لهم ، كما كرهت البيع ، يروى عن أنس قال « كَانَ يُقَالُ : هِيَ كَلِمَةٌ جَامِعَةٌ يَقُولُ : لَا تَبِيعَنَّ لَهُ شَيْئًا ، وَلَا تَبْتَاعَنَّ لَهُ شَيْئًا » وعن مالك في ذلك روايتان :

ووجه القول الأول : أن النهي غيرُ مقتاٍ للشراء بلفظه ، ولا هو في معناه . فإنَّ النهي عن البيع للرفق بأهل الحضر ، ليتسَّعَ عليهم السعر ، ويَزُولَ عنهم الضررُ ، وليس ذلك في الشراء لهم ، إذ لا يتضررون لعدم القَبْضِ للبادين ، بل هو دفعُ الضررِ عنهم ، والخلق في نظر الشارع على السواء ، فكما شرَّع ما يدفعُ الضررَ عن أهل الحضر ، لا يُلْزَمُ أَنْ يُلْزَمَ أَهْلَ الْبَدْوِ الضَّرَرُ ، وأما إن أشار الحاضرُ على البادي ، من غير أن يباشرَ البيع له ، فقد رخص فيه طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللَّهِ ، والأوزاعي ، وابن المنذر ، وكرهه مالك ، والليث ، وقول الصحابي حجةٌ ما لم يثبت خلافه .

٣٠٧٤ (فصل) قال ابن حامد : ليس للإمام أن يُسعر على الناس ، بل يبيع الناس أموالهم على ما يختارون ، وهذا مذهب الشافعي ، وكان مالك يقول : يقال لمن يريد أن يبيع أقل مما يبيع الناس به : يبع كما يبيع الناس ، وإلا فأخرج عثما . واحتج له بما روى الشافعي ، وسعيد بن منصور ، عن داود بن صالح ، التمار عن القاسم بن محمد ، عن عمر « أنه مرَّ بحاطب^(١) في سوق المصلي ، وبين يديه غرار تان فيهما زبيب فسأله عن سعرهما ؟ فسعر له مدين بكل درهم . فقال له عمر : قد حدثت بغير مؤنة من الطائف تحمل زيببا ، وهم بغيرون يسعرك . فلما أن ترفع في السعر ، ولما أن تدخل زبيبك ، فتدعيه كيف شئت » ولأن في ذلك إضرارا بالناس ، إذا زاد تبعه أصحاب المقاع ، وإذا نقص أضرت بأصحاب المقاع .

ولنا : ما روى أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، عن أنس قال « غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم . فقالوا يارسول الله ، غلا السعر ، فسعر لنا ، فقال : إن الله هو المسعر ، القابض الباسط ، الرزاق ، إني لأرجو أن ألقى الله تعالى وليس أحد يطلبني بمظلمة في دم ولا مال » قال الترمذي : هذا حديث حسن ، صحيح ، وعن أبي سعيد مثله ، فوجه الدلالة من وجهين .

أحدهما : أنه لم يسعر ، وقد سأله ذلك . ولو جاز لأجابه إليه .

الثاني : أنه علل بكونه مظلمة ، والظلم حرام . ولأنه ماله ، فلم يحز منعه من بيعه بما تراضى عليه المتبايعان ، كما اتفق الجماعة عليه : قال بعض أصحابنا : التسعير سبب الغلاء . لأن الجالبيين إذا بلغهم ذلك لم يقدموا بسلعهم بلداً بكرهون على بيعها فيه بغير ما يريدون . ومن عنده البضاعة يمنع من بيعها ، ويطلبها أهل الحاجة إليها ، فلا يجدونها إلا قليلاً ، فيرفعون في ثمنها ، ليصلوا إليها ، فتفعل الأسعار ، ويحصل الإضرار بالجانبين . جانب الملاك في منعهم من بيع أملاكهم ، وجانب المشتري في منعه من الوصول إلى غرضه . فيكون حراماً . فأما حديث عمر . فقد روى فيه سعيد ، والشافعي « أن عمر لما رجع حاسب نفسه . ثم أتى حاطباً في داره . فقال : إن الذي قلت لك ليس بمزيمة مني ولا قضاء . وإنما هو شيء أردت به التحذير لأهل البلد ، بحيث ذهبت فبيع كيف شئت » وهذا رجوع إلى ما قلنا . وما ذكره من الضرر موجود فيما إذا باع في بيته ، ولا يمنع منه .

٣٠٧٥ « مسألة » قال ﴿ ونهى عن تلقى الركبان ﴾

فإن تلقوا ، واشترى منهم فهم بالخيار إذا دخلوا السوق ، وعرفوا أنهم قد غبنوا ، إن أحبوا أن

(١) هو حاطب بن أبي بلتعة الصحابي المعروف .

يَفْسَخُوا الْبَيْعَ فَسَخَوْ: رَوَى أَنَّهُمْ كَانُوا يَتَلَقَّوْنَ الْأَجْلَابَ ، قَيْشَتُرُونَ مِنْهُمْ الْأَمْتِعَةَ قَبْلَ أَنْ تَهْبِطِ
الْأَسْوَاقُ ، فَرُبَّمَا غَبَنُوهُمْ غَبْنًا بَيِّنًا ، فَيُضَرُّونَهُمْ . وَرُبَّمَا أَضَرُّوا بِأَهْلِ الْبَلَدِ . لِأَنَّ الرُّكْبَانَ إِذَا وَصَلُوا
بَاعُوا أَمْتِعَتَهُمْ ، وَالَّذِينَ يَتَلَقَّوْنَهُمْ لَا يَبْدِعُونَهَا سَرِيعًا ، وَيَتَرَبَّصُونَ بِهَا السَّعْرَ : فَهُوَ فِي مَعْنَى بَيْعِ الْحَاضِرِ
لِلْبَادِي فَنَهَى النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ . وَرَوَى طَاوُسٌ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : قَالَ
رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « لَا تَلَقُّوا الرُّكْبَانَ ، وَلَا يَبِيعَ حَاضِرٌ لِبَادٍ » وَعَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ مِثْلُهُ ،
مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا ، وَكَرِهَهُ أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ . مِنْهُمْ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَالِكٌ ، وَاللَيْثُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَحُسَيْبٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ . أَنَّهُ لَمْ يَرِ بِذَلِكَ بَاسًا . وَسَنَنُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
أَحَقُّ أَنْ تُتَّبَعَ ، فَإِنْ خَالَفَ ، وَتَلَقَّى الرُّكْبَانَ ، وَاشْتَرَى مِنْهُمْ ، فَالْبَيْعُ صَحِيحٌ فِي قَوْلِ الْجَمِيعِ . قَالَ
ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ . وَحُسَيْبٌ عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى : أَنَّ الْبَيْعَ فَاسِدٌ ، لظَاهِرِ النَّهْيِ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . لِأَنَّ أَبَاهُ رِيرَةَ
رَوَى أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ « لَا تَلَقُّوا الْجُلَابَ . فَمَنْ تَلَقَّاهُ ، وَاشْتَرَى مِنْهُ فَإِذَا أَتَى
السُّوقَ فَهُوَ بِالْخِيَارِ » رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَالْخِيَارُ لَا يَكُونُ إِلَّا فِي عَقْدٍ صَحِيحٍ وَلِأَنَّ النَّهْيَ لَا لِمَعْنَى فِي الْبَيْعِ ،
بَلْ يَعُودُ إِلَى ضَرْبٍ مِنَ الْخُدَيْعَةِ ، يُمْكِنُ اسْتِدْرَاكُهَا بِإِثْبَاتِ الْخَبَرِ . فَأَشْبَهَ بَيْعَ الْمُعْتَرَاةِ ، وَفَارَقَ بَيْعَ الْحَاضِرِ
لِلْبَادِي . فَإِنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِدْرَاكُهُ بِالْخِيَارِ ، إِذْ لَيْسَ الضَّرَرُ عَلَيْهِ ، إِنَّمَا هُوَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ .

فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا : فَلِلْبَائِعِ الْخِيَارُ إِذَا عَلِمَ أَنَّهُ قَدْ غَبَنَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا خِيَارَ لَهُ . وَقَدْ رَوَيْنَا قَوْلَ
رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي هَذَا . وَلَا قَوْلَ لِأَحَدٍ مَعَ قَوْلِهِ ، وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ : أَنَّهُ لَا خِيَارَ لَهُ إِلَّا مَعَ
الْغَبَنِ . لِأَنَّهُ إِنَّمَا ثَبَتَ لِأَجْلِ الْخُدَيْعَةِ ، وَدَفْعِ الضَّرَرِ ، وَلَا ضَرَرَ مَعَ عَدَمِ الْغَبَنِ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ
الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ إِطْلَاقُ الْحَدِيثِ فِي إِثْبَاتِ الْخِيَارِ عَلَى هَذَا ، لِمَعْنَاهُ وَمُرَادِهِ . لِأَنَّهُ مَعْنَى يَتَمَتَّقُ
الْخِيَارُ بِمِثْلِهِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَعَلَ لَهُ الْخِيَارَ إِذَا أَتَى السُّوقَ . فَيُفْقَهُمْ مِنْهُ أَنَّهُ أَشَارَ إِلَى
مَعْرِفَتِهِ بِالْغَبَنِ فِي السُّوقِ . وَلَوْلَا ذَلِكَ لَسَكَانَ الْخِيَارُ لَهُ مِنْ حِينِ الْبَيْعِ . وَلَمْ يُقَدَّرِ الْخَرَقُ الْغَبَنِ الْمُنْتَبِتَ
لِلْخِيَارِ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَتَّقَيَّدَ بِمَا يَخْرُجُ عَنِ الْعَادَةِ . لِأَنَّ مَا دُونَ ذَلِكَ لَا يَنْضَبِطُ . وَقَالَ أَصْحَابُ مَالِكٍ : إِنَّمَا
نُهِىَ عَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانَ لِمَا يَفُوتُ بِهِ مِنَ الرِّفْقِ لِأَهْلِ السُّوقِ ، لِثَلَاثٍ يَقْطَعُ عَنْهُمْ مَالَهُ جَلَسُوا مِنْ ابْتِغَاءِ
فَضْلِ اللَّهِ تَعَالَى . قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : فَإِنْ تَلَقَّاهَا مُتَلَقِّ ، فَاشْتَرَاهَا ، عُرِضَتْ عَلَى أَهْلِ السُّوقِ ، فَيَشْتَرِكُونَ
فِيهَا . وَقَالَ اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ : تُبَاعُ فِي السُّوقِ ، وَهَذَا مُخَالَفٌ لِلْمَدْلُولِ الْحَدِيثِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ
جَعَلَ الْخِيَارَ لِلْبَائِعِ إِذَا دَخَلَ السُّوقَ ، وَلَمْ يَحْمِلُوا لَهُ خِيَارًا ، وَجَعَلَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الْخِيَارَ لَهُ يَدُلُّ
عَلَى أَنَّ النَّهْيَ عَنْ تَلَقِّي الرُّكْبَانَ لِجِدَّتِهِ لَا لِحَقِّ غَيْرِهِ . وَلِأَنَّ الْجَالِسَ فِي السُّوقِ كَالْمُتَلَقِّي فِي أَنْ كُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَبَتِّغٌ لِفَضْلِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا يَلِيقُ بِالْحِكْمَةِ فَسْخُ عَقْدِ أَحَدِهِمَا ، وَإِلْحَاقُ الضَّرَرِ بِهِ ، دَفْعًا لِلضَّرَرِ

عن مثله . وليس رعاية حق الجالس أولى من رعاية حق المتلقى . ولا يمكن اشتراك أهل السوق كلهم في سلعته ، فلا يُعَرَّجُ على مثل هذا . والله أعلم .

٣٠٧٦ (فصل) فإن تلقى الركبان فباعهم شيئاً ، فهو بمنزلة الشراء منهم ، ولهم الخيار إذا غبنهم غبناً يخرج عن العادة . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وقالوا في الآخر : النهي عن الشراء دون البيع . فلا يدخل البيع فيه . وهذا مقتضى قول أصحاب مالك . لأنهم عللوا ذلك بما ذكرنا عنهم ، ولا يتحقق ذلك في البيع لهم .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا تَلْقُوا الرُّكْبَانَ » والبائع داخل في هذا ، ولأن النهي عنه لما فيه من خديعتهم ، وغبنهم . وهذا في البيع كهو في الشراء . والحديث قد جاء مطلقاً ، ولو كان مختصاً بالشراء لألحق به ما في معناه . وهذا في معناه .

٣٠٧٧ (فصل) فإن خرج لغير قصد التلقي ، فلقى ركباً ، فقال القاضي : ليس له الابتياح منهم ، ولا الشراء ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، ويحتمل أن لا يحرم عليه ذلك ، وهو قول الليث ابن سعد . والوجه الثاني لأصحاب الشافعي . لأنه لم يقصد التلقي ، فلم يتناول النهي . ووجه الأول : أنه إنما نهى عن التلقي دفعاً للخديعة ، والذين عنهم ، وهذا متحقق سواء قصد التلقي أو لم يقصده ، فوجب المنع منه ، كما لو قصد .

٣٠٧٨ (فصل) وإن تلقى الجلب في أعلى الأسواق ، فلا بأس ، فإن ابن عمر روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يمتلئ السكع حتى يهبط بها الأسواق » رواه البخاري ، ولأنه إذا صار في السوق فقد صار في محل البيع ، والشراء ، فلم يدخل في النهي ، كالذي وصل إلى وسطها .

٣٠٧٩ (فصل) والاحتكار حرام ، لما روى عن الأثرم ، عن أبي أمامة ، قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحتكر الطعام » وروى أيضاً بإسناده ، عن سعيد بن المسيب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من احتكر فهو خاطي » وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه « خرج مع أصحابه ، فرأى طعاماً كثيراً قد ألقى على باب مسكة . فقال : ما هذا الطعام ؟ فقالوا : جلب إلينا . فقال : بارك الله فيه ، وفيمن جلبه . فقيل له : فإنه قد احتكر . قال : ومن احتكره ؟ قالوا : فلان مولى عثمان ، وفلان مولى لأك . فأرسل إليهما ، فقال : ما حملكما على احتكار طعام المسلمين ؟ قالوا : نشترى بأموالنا ونبيع . قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من احتكر على المسلمين طعامهم أثم يمت حتى يضرب به الله بالجزام ، أو الإذلاس - قال الراوى - فأما مولى عثمان فباعه ، وقال : والله لا أحتكره أبداً . وأما مولى عمر فلم يبعه . فرأيتُه

تَجِدُومًا» وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَنَّهُ قَالَ « الْجَالِبُ مَرَزُوقٌ وَالْمُحْتَكَرُ مَلْعُونٌ » .

٣٠٨٠ (فصل) والاحتكار المحرم ما اجتمع فيه ثلاثة شروط :

أحدها أن يشتري . فلو جلب شيئاً ، أو أدخل من غلته شيئاً ، فادخره ، لم يكن مُحْتَكَراً . روى عن الحسن ، ومالك . وقال الأوزاعي : الجالب ليس بمُحْتَكَرٍ ، لقوله : « الْجَالِبُ مَرَزُوقٌ ، وَالْمُحْتَكَرُ مَلْعُونٌ » . ولأن الجالب لا يُضَيِّقُ على أحدٍ ، ولا يضر به ، بل ينفع . فإن الناس إذا علموا عنده طعماً مُمَدِّداً للبيع كان ذلك أطيب لقلوبهم من عدمه .

الثاني : أن يكون المشتري قوتاً . فأما الإدام ، والخلواء ، والعسل والزيت ، وأغلاف البهائم . فليس فيها احتكارٌ محرمٌ ، قال الأثرم . سمعتُ أبا عبد الله يُسأل عن : أي شيء الاحتكار ؟ قال : إذا كان من قوتِ الناس فهو الذي يُكْرَهُ ، وهذا قولُ عبد الله بن عمرو . وكان سعيدُ بن المسيب - وهو راوى حديث الاحتكار - يحْتَكِرُ الزَّيْتَ . قال أبو دارد : كان يحْتَكِرُ التَّوَيَّ ، والخَلِيطَ ، والبَزَرَ . ولأن هذه الأشياء مما لا تَعْمُ الحاجةُ إليها . فأشبهت الثياب ، والحيوانات .

الثالث : أن يُضَيِّقَ على الناس بِشِرائِهِ . ولا يحصل ذلك إلا بأمرين :

أحدهما : أن يكون في بلد يضيقُ بأهله الاحتكارُ ، كالخردين والثغور . قال أحمد : الاحتكارُ في مثل مكة ، والمدينة ، والثغور . فظاهرُ هذا : أن البلاد الواسعة الكثيرة المرافق ، والجلب ، كبنداد ، والبصرة ، ومصر لا يحرُم فيها الاحتكارُ . لأن ذلك لا يؤثر فيها غالباً .
الثاني : أن يكون في حال الضيق ، بأن يدخل البلد قافلة ، فيقبادر ذَوُو الأموال فيشترونها ، ويضيقون على الناس . فأما إن اشتراه في حال الانساع ، والرخص على وجه لا يضيق على أحدٍ ، فليس بمحرّم .

٣٠٨١ « مسألة » قال ﴿ وَبِيعِ الْعَصِيرَ مِمَّنْ يَتَّخِذُهُ خِمْرًا بَاطِلٌ ﴾ .

وجملة ذلك : أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذُه خِمْرًا محرمٌ . وكرهه الشافعي . وذكر بعض أصحابه أن البائع إذا اعتقد أنه يَصِرُ خِمْرًا فهو محرمٌ . وإنما يكره إذا شك فيه . وحكى ابن المذخر عن الحسن ، وعطاء ، والثوري : أنه لا بأس ببيع التمر لمن يتخذُه مُسْكراً . قال الثوري : بيع الحلال ممن شئت . واحتج لهم بقول الله تعالى (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ) ولأن البيع تم بأركانه ، وشروطه .

ولنا : قول الله تعالى (٥ : ٢) وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) وهذا نهى يقتضى التحريم . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أَنَّهُ لَعَنَ فِي الْخَمْرِ عَشْرَةً » فروى ابن عباس « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَاهُ جَبْريلُ ، فَقَالَ : يَا مُحَمَّدُ ، إِنَّ اللَّهَ لَعَنَ الْخَمْرَ ، وَعَاصِرَهَا وَمُعْتَصِرَهَا ، وَحَامِلَهَا ، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ ، وَشَارِبَهَا ،

وَبَائِعَهَا ، وَمُبْتَاعَهَا ، وَسَاقِيَهَا . وَأَشَارَ إِلَى كُلِّ مُعَاوِنٍ عَلَيْهَا ، وَمُسَاعِدٍ فِيهَا » أَخْرَجَ هَذَا الْحَدِيثَ التِّرْمِذِيُّ ، مِنْ حَدِيثِ أَنَسٍ . وَقَالَ : قَدْ رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عُمَرَ ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . وَرَوَى ابْنُ بَطَّاهُ فِي تَحْرِيمِ النَّبِيدِ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ ، « أَنَّ قَيْسًا كَانَ إِسْعَدَ بْنَ أَبِي وَقَّاصٍ فِي أَرْضٍ لَهُ . فَأَخْبَرَهُ عَنْ عَيْبٍ أَنَّهُ لَا يَصْلُحُ زَيْبًا ، وَلَا يَصْلُحُ أَنْ يَبَاعَ إِلَّا لِمَنْ يَعْصِرُهُ ، فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ ، وَقَالَ : يَنْسُ الشَّيْخُ أَنَا إِنْ بَعْتُ الْخَمْرَ » وَلَا تَنْتَهِي بِعَقْدِ عَلَيْهَا لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَرُدُّهَا لِلْعَصِيَّةِ . فَأَشْبَهَ إِجَارَةَ أُمَّتِهِ لِمَنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَسْتَأْجِرُهَا لِزَيْنِ بَيْتِهَا . وَالْآيَةُ مَخْصُوصَةٌ بِصُورٍ كَثِيرَةٍ ، فَيَخْصُ مِنْهَا مَحَلَّ النِّزَاعِ بِدَلِيلِنَا ، وَقَوْلِهِمْ : تَمَّ الْبَيْعُ ، وَبَشْرُوطُهُ ، وَأَرْكَانُهُ . قُلْنَا : لَكِنْ وَجِدَ الْمَانِعُ مِنْهُ .

إِذَا ثَبِتَ هَذَا فَإِنَّمَا يَحْرُمُ الْبَيْعُ ، وَيَبْطُلُ إِذَا عُلِمَ الْبَائِعُ قَصْدَ الْمُشْتَرِي ذَلِكَ . إِمَّا بِقَوْلِهِ ، وَإِنَّمَا بِقَرَأَتِهِ مُخْتَصَّةً بِهِ ، تَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْأَمْرُ مُحْتَمَلًا ، مِثْلُ أَنْ يَشْتَرِيَهَا مِنْ لَا يَعْلَمُ حَالَهُ ، أَوْ مَنْ يَعْمَلُ الْخَلَلَ ، وَالْخَمْرَ مَعًا ، وَلَمْ يَلْفِظْ بِمَا يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الْخَمْرِ ، فَالْبَيْعُ جَائِزٌ . وَإِذَا ثَبِتَ التَّحْرِيمُ ، فَالْبَيْعُ بَاطِلٌ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصَحَّ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْحَرَّمَ فِي ذَلِكَ اعْتِقَادُهُ بِالْعَقْدِ دُونَهُ ، فَلَمْ يَمْنَعْ صِحَّةَ الْعَقْدِ ، كَمَا لَوْ دَلَّسَ الْعَيْبَ .

وَلَنَا : أَنَّهُ عَقْدٌ عَلَى عَيْنِ لِعَصِيَّةِ اللَّهِ بِهَا ، فَلَمْ يَصَحَّ كِإِجَارَةِ الْأُمَّةِ لِلزَّانَا ، وَالزَّانَاءِ . وَأَمَّا التَّدْلِيسُ فَهُوَ الْحَرَمُ دُونَ الْعَقْدِ ، وَلِأَنَّ التَّحْرِيمَ هُنَا لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى . فَأَنْفَدَ الْعَقْدَ ، كَبَيْعِ دَرَاهِمٍ بِذَرْهَمَيْنِ . وَیُفَارِقُ التَّدْلِيسَ فَإِنَّهُ لِحَقِّ آدَمَى .

٣٠٨٢ (فصل) وهكذا الحكم في كل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطع الطريق ، أو في الفتنة ، وبيع الأمة للزنا ، أو لإجارتها كذلك ، أو لإجارة داره ليتبع الخمر فيها ، أو لتتخذ كنيسة أو بيت نار ، وأشباه ذلك . فهذا حرام ، والعقد باطل لما قد منا . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ رَحِمَهُ اللَّهُ عَلَى مَسَائِلَ تَبَيَّنَتْ بِهَا عَلَى ذَلِكَ ، فَقَالَ فِي الْقَصَابِ وَالْخَبَازِ : إِذَا عَلِمَ أَنْ مَنْ يَشْتَرِي مِنْهُ يَدْعُو عَلَيْهِ مِنْ يَشْرَبُ الْمُسْكِرَ لَا يَبِيعُهُ ، وَمَنْ يَخْتَرِطُ الْأَقْدَاحَ لَا يَبِيعُهَا مِمَّنْ يَشْرَبُ فِيهَا ، وَنَهَى عَنْ بَيْعِ الدِّبَاجِ لِلرِّجَالِ . وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِهِ لِلنِّسَاءِ : وَرَوَى عَنْهُ : لَا يَبِيعُ الْجَوْزَ مِنَ الصَّبْيَانِ لِلْقَارِ وَعَلَى قِيَاسِهِ : الْبَيْضُ فَيَكُونُ بَيْعُ ذَلِكَ كُلَّهُ بَاطِلًا .

٣٠٨٣ (فصل) قيل لأحمد : رجل مات وخلف جارية مَغْنِيَةً ، وَوَلَدًا يَتِيمًا ، وَقَدْ احتاج إِلَى بَيْعِهَا . قَالَ : يَبِيعُهَا عَلَى أَنَّهَا سَادَجَةٌ . فَقِيلَ لَهُ : فَإِنَّهَا تُسَاوِي ثَلَاثِينَ أَلْفَ دَرَاهِمٍ . فَإِذَا بَاعَتْ سَادَجَةً تُسَاوِي عَشْرِينَ دِينَارًا ؟ قَالَ : لَا تُبَاعُ إِلَّا عَلَى أَنَّهَا سَادَجَةٌ ، وَوَجْهُ ذَلِكَ : مَا رَوَى أَبُو أُمَامَةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَحُوزُ بَيْعُ الْمُغْنِيَّاتِ وَلَا أُمَمَاهُنَّ ، وَلَا كَسْبُهُنَّ » قَالَ التِّرْمِذِيُّ :

هذا لا نعرفه إلا من حديث علي بن يزيد ، وقد تسكلم فيه أهل العلم ، ورواه ابن ماجه ، وهذا يحمل على بيعهم لأجل الغناء ، فأما ما ليس بهن الحاصلة بغير الغناء ، فلا تبطل ، كما أن العصور لا يحرّم بيعه لغير الخمر ، لصلاحيته للخمر .

٣٠٨٤ (فصل) ولا يجوز بيع الخمر ، ولا التوكيل في بيعه ، ولا شراؤه ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن بيع الخمر غير جائز ، وقال أبو حنيفة : يجوز للمسلم أن يوكّل ذميّاً في بيعها . وشراؤها . وهو غير صحيح . فإن عائشة روت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حُرِّمَتِ التَّجَارَةُ فِي الْخَمْرِ » وعن جابر : أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح وهو بمكة يقول « إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخَنزِيرِ ، وَالْأَصْنَامِ . فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ ؟ فَإِنَّهُ تَطْلَى بِهَا الشُّفْنُ ، وَتُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ ، وَيَسْتَصْبَحُ بِهَا النَّاسُ ؟ فَقَالَ : لَا ، هُوَ حَرَامٌ . ثُمَّ قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ ، إِنَّ اللَّهَ تَمَالَى حَرَمٌ عَلَيْهِمْ شُحُومَهَا فَمَلَوْهُ ^(١) ثُمَّ بَاعُوهُ ، وَأَكَلُوا ثَمَنَهُ » متفق عليه . ومن وُكِّلَ في بيع الخمر ، وأكل ثمنه ، فقد أشبههم في ذلك ، ولأن الخمر نجاسة محرمة يحرّم بيعها ، والتوكيل في بيعها ، كالميتة ، والخنزير ، ولأنه يحرّم عليه بيعه ، فحرّم عليه التوكيل في بيعه ، كالخنزير .

٣٠٨٥ « مسألة » قال ﴿ وَيَبْطُلُ الْبَيْعُ إِذَا كَانَ فِيهِ شَرْطَانِ ، وَلَا يُبْطَلُهُ شَرْطٌ وَاحِدٌ ﴾

ثبت عن أن أحمد رحمه الله أنه قال : الشرط الواحد لا بأس به ، إنما نهى عن الشرطين في البيع ، ذهب أحد إلى ما روى عبد الله بن عمرو ، عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ، وَلَا تَبَيْعٌ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ » أخرجه أبو داود ، والترمذي ، وقال : حديث حسن ، صحيح قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : إن هؤلاء يسكرون الشرط في البيع فنفض يده ، وقال : الشرط الواحد لا بأس به في البيع . إنما نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع . وحديث جابر يدل على إباحة الشرط ، حين باعه جملة ، وشرط ظهره إلى المدينة ، واختلف في تفسير الشرطين المنهيين عنهما . فروى عن أحمد : أنهما شرطان صحيحان ليسا من مصلحة العقد ، فحكى ابن المنذر عنه ، وعن إسحاق فيمن اشترى ثوباً ، واشترط على البائع خياطته ، وقصارته ، أو طعماً ، واشترط طحنه وحمله : إن اشترط أحد هذه الأشياء فالبيع جائز . وإن اشترط شرطين فالبيع باطل . وكذلك فسر القاضي في شرحه الشرطين المبطلين بنحو من هذا التفسير . وروى الأثرم عن أحمد تفسير الشرطين : أن بشرتها على أنه لا يبيعها من أحد ، وأنه لا يطؤها . ففسره بشرطين فاسدين ، وروى عنه إسماعيل بن سعيد في الشرطين في البيع : أن يقول : إذا بعتكها فأنا أحق بها ، بالتمن ، وأن تخدمني سنة ، وظاهر كلام أحمد : أن الشرطين المنهيين عنهما ما كان من هذا النحو . فأما إن شرط شرطين ، أو أكثر من

(١) جلوه : أذا بوه ، تحايلا على استعماله ، ثم باعوه على أنه ليس بشحم .

مقتضى العقد ، أو مصلحته ، مثل أن يبيعه بشرط الخيار ، والتأجيل ، والرهن ، والضمين ، أو بشرط أن يسلم إليه المبيع ، أو الثمن ، فهذا لا يؤثر في العقد ، وإن كثُر ، وقال القاضى فى المجرّد : ظاهر كلام أحمد : أنه متى شرط فى العقد شرطين بطل ، سواء كانا صحيحين ، أو فاسدين ، لمصلحة العقد ، أو لغير مصلحته . أخذنا من ظاهر الحديث . وعملاً بعمومه . ولم يفرق الشافعى ، وأصحاب الرأى بين الشرط ، والشرطين . وَرَوُوا « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ بَيْعٍ وَشَرْطٍ » . ولأن الصحيح لا يؤثر فى البيع ، وإن كثُر . والفساد يؤثر فيه وإن اتحد . والحديث الذى روينا يدل على الفرق ، ولأن الفرار اليسير إذا احتمل فى العقد لا يلزم منه احتمال الكثير . وحديثهم لم يصح ، وليس له أصل ، وقد أنكره أحمد . ولا نعرفه مروياً فى مسند ، ولا يؤمل عليه . وقول القاضى : إن النهى يمتنع على عمومه فى كل شرطين ، بعيد أيضاً . فإن شرط ما يقتضيه العقد ، لا يؤثر فيه بغير خلاف . وشرط ما هو من مصلحة العقد . كالأجل ، والخيار ، والرهن ، والضمين ، وشرط صفة فى المبيع ، كالكتابة ، والصناعة ، فيه مصلحة العقد ، فلا ينبغي أن يؤثر أيضاً فى بطلانه ، قلت : أو كثرت ، ولم يذكر أحمد فى هذه المسألة شيئاً من هذا القسم . فالظاهر : أنه غير مراد له .

٣٠٨٦ (فصل) والشروط تنقسم إلى أربعة أقسام :

أحدها : ما هو من مقتضى العقد ، كاشتراط التسليم ، وخيار المجلس ، والتقابض فى الحال . فهذا وجوده كدمه ، لا يفيد حكماً ، ولا يؤثر فى العقد .

الثانى : تتعلق به مصلحة العاقدين ، كالأجل ، والخيار والرهن ، والضمين ، والشهادة ، أو اشتراط صفة مقصودة فى المبيع ، كالصناعة ، والكتابة ، ونحوها ؛ فهذا شرط جائز يلزم الوفاء به . ولا يعلم فى صحة هذين القسمين خلافاً .

الثالث : ما ليس من مقتضاه ، ولا من مصلحته ، ولا ينافى مقتضاه ، وهو نوعان :

أحدهما : اشتراط منفعة البائع فى المبيع ، فهذا قد مضى ذكره .

الثانى : أن يشترط عقداً فى عقد ، نحو أن يبيعه شيئاً بشرط أن يبيعه شيئاً آخر ، أو يشتري منه ، أو يؤجره ، أو يزوجه ، أو يسلفه ، أو يصرف له الثمن ، أو غيره ، فهذا شرط فاسد يفسد به البيع ، سواء اشتراطه البائع ، أو المشتري ، وسند كره إن شاء الله تعالى .

الرابع : اشتراط ما ينافى مقتضى البيع ، وهو على ضربين :

أحدهما : اشتراط مابنى على التغليب ، والسرابة ، مثل أن يشترط البائع على المشتري عتق العبد ،

فهل يصح ؟ على روايتين :

إحداها : يصح ، وهو مذهب مالك ، وظاهر مذهب الشافعي ، لأن عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا « اشترت بريرة ، وشرط أهلها عليها عتقها ، وولاءها ، فانكر النبي صلى الله عليه وسلم شرط الولاء دون العتق » .

والثانية : الشرط فاسد ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه شرط ينافي مقتضى العقد . أشبه إذا شرط أن لا يديمه ، لأنه شرط عليه إزالة ملكه عنه ، أشبه ما لو شرط أن يبيعه ، وليس في حديث عائشة أنها شرطت لهم العتق ، وإنما أخبرتهم بإرادتها لذلك ، من غير شرط ، فاشترطوا الولاء ، فإذا حكمنا بفساده ، فحكمه حكم سائر الشروط الفاسدة ، التي يأتي ذكرها ، وإن حكمنا بصحته ، فأعتقه المشتري فقد وفى بما شرط عليه ، وإن لم يعتقه ، ففيه وجهان :

أحدهما : يجبر ، لأن شرط العتق إذا صح تعلق بعيته ، فيجبر عليه ، كما لو نذر عتقه .

والثاني : لا يجبر ، لأن الشرط لا يوجب فذل للشروط . بدليل ما لو شرط الرهن والضمين ، فعلى هذا يثبت للبائع خيار الفسخ ، لأنه لم يسلم له ما شرطه له ، أشبه ما لو شرط عليه رهنا . وإن تعيب المبيع ، أو كان أمة ، فأخبلها ، أعتقه ، وأجزأه ، لأن الرق باق فيه . وإن استغله أو أخذ من كسبه شيئا ، فهو له . وإن مات المبيع رجع البائع على المشتري بما نقصه شرط العتق ، فيقال : كم قيمته لو بيع مطلقا ، وكم يساوى إذا بيع بشرط العتق ؟ فيرجع بقسط ذلك من ثمنه في أحد الوجهين ، وفي الآخر يضمن ما نقص من قيمته .

الضرب الثاني : أن يشترط غير العتق ، مثل أن يشترط أن لا يبيع ، ولا يهب ، ولا يفتق ، ولا يطاء ، أو بشرط عليه أن يبيعه . أو يفتقه ، أو متى نفق المبيع ، وإلا رده أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ، وإن أعتقه فالولاء له . فهذه ، وما أشبهها شروط فاسدة . وهل يفسد بها البيع ؟ على روايتين . قال القاضي : المنصوص عن أحمد : أن البيع صحيح . وهو ظاهر كلام الخريفي ههنا . وهو قول الحسن ، والشمسي ، والنخعي ، والحكم ، وابن أبي ليلى ، وأبي ثور .

والثانية . البيع فاسد . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع وشرط » ولأنه شرط فاسد ، فأفسد البيع ، كما لو شرط فيه عقدا آخر . ولأن الشرط إذا فسد وجب الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، وذلك مجهول فيصير الثمن مجهولا . ولأن البائع إنما رضى بزوال ملكه عن المبيع بشرطه ، والمشتري كذلك إذا كان الشرط له . فلو صح البيع بدونه لزال ملكه بغير رضاه ، والبيع من شرطه التراضي .

ولنا : ما روت عائشة قالت : « جاءني بريرة فقالت : كائنت أهلي على نسع أواق ، في كل

عام أَوْ قِيَّةً ، فَأَعِينَنِي ، فَقُلْتُ : إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكَ أَنْ أُعْذَّهَا لَهُمْ عِدَّةً وَاحِدَةً . وَيَكُونُ لِي وَلَاؤُكَ فَعَلْتُ . فَذَهَبْتُ بِرَيْرَةَ إِلَى أَهْلِهَا فَقَالَتْ لَهُمْ ، قَاتَبُوا عَلَيْهَا . فَجَاءَتْ مِنْ عِنْدِهِمْ ، وَرَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَالِسٌ . فَقَالَتْ : إِنِّي عَرَضْتُ عَلَيْهِمْ ، قَاتَبُوا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْوَلَاءُ لَهُمْ . فَسَمِعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَخْبَرَتْ عَائِشَةُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ : خُذِيهَا وَاشْتَرِي الْوَلَاءَ ، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ . فَعَمَلْتُ عَائِشَةُ . ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي النَّاسِ ، فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ . ثُمَّ قَالَ : أَمَّا بَعْدُ : مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ؟ مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةً شَرْطٍ ، قَضَاهُ اللَّهُ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ . وَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » متفق عليه . فَأَبْطَلَ الشَّرْطَ ، وَلَمْ يُبْطَلِ الْمَقْدَرُ . قَالَ ابْنُ الْبُزْجَرِ : خَرَّ بِرَيْرَةَ ثَابِتٌ . وَلَا نَعْلَمُ خَبَرَ يُعَارِضُهُ ، فَالْقَوْلُ بِهِ يَجِبُ .

فإن قيل : المراد بقوله « اشترطى لهم الولاء » أى عليهم . بدليل أنه أمرها به . ولا يأمرها بفساد .

قلنا : لا يصح هذا التأويل لوجهين : أحدهما : أن الولاء لها بقاءها . فلا حاجة إلى اشتراطها . الثانى : أنهم أبوا التَّيَجُّ إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ الْوَلَاءُ لَهُمْ . فكيف يأمرها بما يعلم أنهم لا يقبلونه منها ؟ وأما أمره بذلك فليس هو أمر على الحقيقة . وإنما صيغة الأمر ، بمعنى النسوية بين الاشتراط ، وتركه ، كقوله تعالى (اسْتَغْفِرْ لَهُمْ أَوْ لَا تَسْتَغْفِرْ لَهُمْ) وقوله (اصْبِرُوا أَوْ لَا تَصْبِرُوا) والتقدير : واشترطى لهم الولاء ، أَوْ لَا تَشْتَرِطْ ، ولهذا قال عقيبه « فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أُعْتِقَ » وَحَدِيثُهُمْ لَا أَصْلَ لَهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنْ الْمَعْنَى فِي مُقَابَلَةِ النَّصِّ غَيْرُ مُقْبُولٍ .

٣٠٨٧ (فصل) فإن حكمنا بصحة البيع ، فللبائع الرجوع بما نقصه الشرط من الثمن ، ذكره القاضى ، وللمشتري الرجوع بزيادة الثمن ، إن كان هو المشترط . لأن البائع إنما سمح ببيعها بهذا الثمن لما يحصل له من الغرض بالشرط ، والمشتري إنما سمح بزيادة الثمن من أجل شرطه . فإذا لم يحصل غرضه ينبغى أن يرجع بما سمح به ، كما لو وجدته معيباً .

٣٠٨٨ (فصل) فإن حكمنا بفساد المقد لم يحصل به ملك ، سواء اتصل به القبض أو لم يتصل . ولا ينفذ تصرف المشتري فيه ببيع ، ولا هبة ، ولا عتق ، ولا غيره . وبهذا قال الشافعى . وذهب أبو حنيفة إلى أن الملك يثبت فيه إذا اتصل به القبض . وللبائع الرجوع فيه . فيأخذه مع الزيادة للمنفصلة ، إلا أن يتصرف فيه المشتري تصرفاً يمنع الرجوع فيه ، فيأخذ قيمته . واحتج بحديث بريرة . فإن

عائشة اشترتها بشرط الولاء ، فأعتقتها ، فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم العتق ، والبيع فاسد . ولأن المشتري على صفة يملك المبيع ابتداءً بعقد . وقد حصل عليه الضمان ، للبطلان عن عقد فيه تسليط . فوجب أن يملكه ، كما لو كان العقد صحيحاً .

ولنا : أنه مقبوض بعقد فاسد ، فلم يملكه ، كما لو كان الثمن متيقناً ، أو دماً ، فأما حديث بريرة ، فإما بدل على صحة العقد ، لا على ما ذكره . وليس في الحديث أن عائشة اشترتها بهذا الشرط . بل الظاهر أن أهل بريرة حين باعهم إنكار النبي صلى الله عليه وسلم ، هذا الشرط تركوه ، ويحتمل أن الشرط كان سابقاً للعقد ، فلم يؤثر فيه .

٣٠٨٩ (فصل) وعليه رد البيع مع تمامه المتصل ، والمنفصل ، وأحرره منله مدة بقائه في يده . وإن نص ضمن قصه . لأنها بجهة مضمونة ، فأجزاؤها تكون مضمونة أيضاً . فإن تلف المبيع في يد المشتري ، فعليه ضمانه بقيمته يوم التلف . قاله القاضي ، ولأن أحد نص عليه في الغصب . ولأنه قبضه بإذن مالكه . فأشبه العارية ، وذكر الخرق في الغصب : أنه يلزمه قيمته أكثر ما كانت . فيخرج منها كذلك ، وهو أولى . لأن العين كانت على ملك صاحبها في حال زيادتها ، وعليه ضمان نقصها مع زيادتها . فكذلك في حال تلفها ، كما لو أتلها بالجنابة ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

٣٠٩٠ (فصل) فإن كان المبيع أمة فوطئها المشتري ، فلا حد عليه ، لاعتقاده أنها مملوكة . ولأن في الملك اختلافاً ، وعليه مهر مثليها . لأن الحد إذا سقط للشبهة وجب المهر . ولأن الوطء في ملك الغير يوجب المهر ، وعليه أرض البكارة إن كانت بكرًا .

فإن قيل : أليس إذا تزوج امرأة تزويجاً فاسداً ، فوطئها ، فأزال بكارتها لا يضمن البكارة ؟ قلنا : لأن النكاح تضمن الإذن في الوطء للذهاب للبكارة . لأنه معقود على الوطء . ولا كذلك البيع ، فإنه ليس بمعقود على الوطء ، بدليل أنه يجوز شراء من لا يحل وطؤها . ولا يحل نكاحها .

فإن قيل : فإذا أوجبتم مهر بكر ، فكيف توجبون ضمان البكارة ، وقد دخل ضمانها في المهر ؟ وإذا أوجبتم ضمان البكارة ، فكيف توجبون مهر بكر وقد أدى عوض البكارة بضمائه لها ، فجرى مجرى من أزال بكارتها بأصبعه ثم وطئها ؟

قلنا : لأن مهر البكر ضمان للنفقة ، وأرض البكارة ضمان جزء ، فلذلك اجتمعا ، وأما الثاني فإنه إذا وطئها بكرًا ، فقد استوفى نفع هذا الجزء . فوجب قيمته بما استوفى من نفعه ، فإذا أتلها وجب ضمان عينه ، ولا يجوز أن تضمن العين ويستقط ضمان المنفعة ، كما لو غصب عينا ذات منفعة ،

فاستوفى منفعتها ، ثم أتلّفها ، أو غصّب ثوباً فلدبّسَهُ حتّى أبلاه ، وأتلفه ، فإنّه يضمنُ القيمةَ ، والمنفعةَ ، كذا ههنا .

٣٠٩١ (فصل) وإن ولدت كان ولدُها حرّاً ، لأنّه وطئها بشبهةٍ ، ويُلحقُ به النّسبُ لذلك ، ولا ولاءَ عليه ، لأنّه حرُّ الأصل ، وعلى الواطئ قيمةُ يومٍ وضعه ، لأنّه يومُ الحيلولة بينه وبين صاحبه ، فإن سقط مميّتاً لم يضمن ، لأنّه إنّما يضمنه حين وضعه ، ولا قيمة له حينئذٍ .

فإن قيل : فلو ضرب بطنها ، فألقت جنيناً مميّتاً وجب ضمانه ؟

قلنا : الضاربُ يجبُ عليه غُرّة^(١) ، وههنا يضمنه بقيمته ، ولا قيمة له ، ولأنّ الجاني أتلفه ، وقطع نماءه ، وههنا يضمنه بالحيلولة بينه ، وبين سيّده ، ووقتُ الحيلولة وقتُ السقوط ، وكان مميّتاً فلم يجب ضمانه ، وعليه ضمانُ نقص الولادة ، وإن ضرب بطنها أجنبى^٢ ، فألقت جنيناً مميّتاً ، فعلى الضارب غُرّة ، عبدٌ أو أمةٌ ، للسيد منها أقلّ الأمرين ، من أرض الجنين ، أو قيمته يوم سقط ، لأنّ ضمان الضارب له قام مقام خروجه حيّاً ، ولذلك ضمّنه البائع ، وإنما كان للسيد أقلّ الأمرين ، لأن الغُرّة إن كانت أكثر من القيمة ، فالباقي منها لورثته ، لأنه حصل بالحرية ، فلا يستحقّ السيد منها شيئاً ، وإن كانت أقلّ ، لم يكن على الضارب أكثر منها ، لأنه بسبب ذلك ضمن ، وإن ضرب الواطئ بطنها ، فألقت الجنين مميّتاً ، فعليه الغُرّة أيضاً ، ولا يرث منها شيئاً ، وللسيد أقلّ الأمرين ، كما ذكرنا ، وإن سلم الجارية المبيعة إلى البائع حاملاً ، فولدت عنده ضمن نقص الولادة ، وإن تلفت بذلك ضمّنها ، لأنّ تلّفها بسبب منه ، وإن ماسكها الواطئ لم تهزّ بذلك أمّ ولد ، على الصحيح ، من المذهب ، لأنها علقّت منه في غير ماسكه ، فأشبهه الزوجة ، وهكذا كل موضع حبّلت في ملك غيره ، ولا نصير له أمّ ولدٍ بهذا .

٣٠٩٢ (فصل) إذا باع المشتري المبيعَ الفاسدَ لم يصح ، لأنه باع ملكاً غيره بغير إذنه ، وعلى المشتري ردّه على البائع الأول ، لأنه مالكٌ ، ولبائعه أخذه حيث وجدّه ، ويرجعُ المشتري الثاني بالثمن على الذى باعه . ويرجعُ الأول على بائعه ، فإن تلف في يد الثاني فللبائع مطالبةٌ مَنْ شاءَ منها ، لأنّ الأول ضامنٌ ، والثاني قبضه من يد ضامنه ، بغير إذن صاحبه ، فكان ضامناً ، فإن كانت قيمته أكثر من ثمنه فضمن الثاني ، لم يرجع بالفضل على الأول ، لأنّ التلف في يده ، فاستقرّ الضمانُ عليه ، فإن ضمن الأول رجع بالفضل على الثاني .

٣٠٩٣ (فصل) وإن زاد المبيعُ في يد المشتري يضمن ، أو نحوه ، ثم نقص حتّى عاد إلى ما كان

(١) الغرة : عبد أو أمة .

عليه ، أو ولدت الأمة في يد المشتري ، ثم مات ولدُها ، احتمل أن يضمن تلك الزيادة . لأنها زيادة في عين مضمونة . أشبهت الزيادة في المصوب ، واحتمل أن لا يضمنها . لأنه دخل على أن لا يكون في مقابلة الزيادة عوضاً . فعلى هذا تكون الزيادة أمانة في يده . فإن تلفت بتفريطه ، أو غدوانه ، ضمنها ، وإلا فلا . وإن تلفت العين بعد زيادتها ، أسقطت تلك الزيادة من القيمة ، وضمنها بما بقي من القيمة حين أتلف . قال القاضي : وهذا ظاهر كلام أحد .

٣٠٩٤ (فصل) إذا باع بيعاً فاسداً ، وتقابضا ، ثم أتلف البائع الثمن ، ثم أفلس . فله الرجوع في المبيع . والمشتري أشوة الغرماء ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : المشتري أحق بالمبيع من سائر الغرماء ، لأنه في يده . فكان أحق به كالمرتبهين .

ولنا : أنه لم يقبضه وثيقة ، فلم يكن أحق به . كالأمر كان ودبمة عنده ، بخلاف المرتبهين ، فإنه قبضه على أنه وثيقة بحقه .

٣٠٩٥ (فصل) إذا قال : بيع عبدك من فلان على أن تخلصه ، فباعه بهذا الشرط ، فالبيع فاسد ، لأن الثمن يجب أن يكون جسيماً على المشتري ، فإذا شرط كون بهضه على غيره لم يصح ، لأنه لا يملك المنع ، والثمن على غيره ، ولا يشبه هذا ما لو قال : أعيتق عبدك ، أو طلق امرأتك ، وطلت تخماتك : لتكون هذا عوضاً في مقابلة فك الزوجية ، ورقبة العبد ، ولذلك لم يجز في النكاح ، أما في مسألتنا ، فإنه معاوضة في مقابلة نقل الملك ، فلا يثبت لمن العوض على غيره ، وإن كان هذا القول على وجه الضمان ، صح البيع ، ولزم الضمان .

٣٠٩٦ (فصل) والعربون في البيع : هو أن يشتري السلعة فيدفع إلى البائع درهماً أو غيره ، على أنه إن أخذ السلعة احتسب به من الثمن ، وإن لم يأخذها فذلك للبائع ، يقال : عربون ، وأربون ، وعربان ، وأربان ، قال أحمد : لا بأس به ، وفعله عمر رضي الله عنه ، وعن ابن عمر : أنه أجاز به ، وقال ابن سيرين : لا بأس به ، وقال سميد بن المسيب ، وابن سيرين : لا بأس إذا كره السلعة أن يردّها ، ويردّها معها شيئاً ، وقال أحمد : هذا في معناه ، واختار أبو الخطاب أنه لا يصح ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، ويروى ذلك عن ابن عباس ، والحسن ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع العربون » رواه ابن ماجه . ولأنه شرط للبائع شيئاً بغير عوض ، فلم يصح ، كما لو شرطه لأجنبي . ولأنه بمنزلة الخيار المجهول ، فإنه اشترط أن له رد البيع من غير ذكر مدة ، فلم يصح ، كما لو قال : ولي الخيار متى شئت رددت السلعة ومعها درهماً . وهذا هو القياس ، وإنما صار أحمد فيه إلى ما روى فيه عن نافع بن عبد الحارث « أنه اشترى لعمرك دار السجّ من صفوان بن أمية . فإن رضي عمر ،

ولمّا فله كذا ، وكذا » قال الأثرم : قلت لأحمد : تذهب إليه ؟ قال : أى شيء أقول ؟ هذا عمر رضى الله عنه . وضعف الحديث المروى . روى هذه القصة الأثرم بإسناده ، فأما إن دفع إليه قبل البيع درهماً ، وقال : لا تبيع هذه السلعة لغيري ، وإن لم اشترها منك فهذا الدرهم لك ، ثم اشتراها منه بعد ذلك بمقدّر مبدلٍ ، وحسب الدرهم من الثمن صح . لأن البيع خلا عن الشرط المفسد ، ويحتمل أن الشراء الذى اشتريه لعمرك كان على هذا الوجه . فيحتمل عليه ، جمعاً بين فعله ، وبين الخبر ، وموافقة القياس ، والأئمة القائلين بفساد العربون . وإن لم يشتّر السلعة في هذه الصورة ، لم يستحق البائع الدرهم لأنه يأخذ به غير عوض ، ولصاحبه الرجوع فيه . ولا يصح جعله عوضاً عن انتظاره ، وتأخير بيعه من أجله . لأنه لو كان عوضاً عن ذلك لما جاز جعله من الثمن في حال الشراء . ولأن الانتظار بالبيع لا تجوز المعاوضة عنه ، ولو جازت لوجب أن يكون معلوم المقدار ، كما في الإجارة .

٣٠٩٧ « مسألة » قال : وإذا قال : بعثتك بكذا على أن آخذ منك الدينار بكذا . لم ينعقد البيع ، وكذلك إن باعه بذهب على أن يأخذ منه دراهم بصرف ، ذكره .

وجعلته : أن البيع بهذه الصفة باطل . لأنه شرط في العقد أن يُصارفة بالثمن ، الذى وقع العقد به . والمصارفة عقد بيع فيكون بيعتان فيبيعة . قال أحمد . هذا معناه ، وقد روى أبو هريرة قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين ، فيبيعة » أخرجه الترمذى ، وقال : حديث حسن ، صحيح ، وروى أيضاً عن عبد الله ابن عمرو ، عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وهكذا كل ما كان في معنى هذا . مثل أن يقول : بعثتك دارى هذه ، على أن أبيعك دارى الأخرى بكذا ، أو على أن تبيعني دارك ، أو على أن أزوجك ، أو على أن تُؤجّرني كذا ، أو على أن تزوّجني ابنتك ، أو على أن أزوّجك ابنتي ، ونحو هذا . فهذا كله لا يصح ، قال ابن مسعود : « الصفتان في صفة ربا » وهذا قول أبي حنيفة ، والشافعى ، وجهور العلماء . وجوزّه مالك ، وقال : لا ألتفت إلى اللفظ الفاسد . إذا كان معلوماً حلالاً . فكانه باع السلعة بالدراهم التى ذكر أنه يأخذها بالدنانير .

ولنا : الخبر ، وأن النهى يقتضى الفساد . ولأن العقد لا يجب بالشرط ، لكونه لا يثبت في الذمة ، فيسقط فيفسد العقد . لأن البائع لم يرض به . إلا بذلك الشرط . فإذا فات الرضى به ، ولأنه شرط عقد في عقد لم يصح ، كنكاح الشغار^(١) ، وقوله « لا ألتفت إلى اللفظ » لا يصح . لأن البيع هو

(١) نكاح الشغار : أن يقول أحد الشخصين للآخر : زوجني أختك على أن أزوجك أختي ، أو بنتك على أن أزوجك ابنتي بدون مهر ، فتكون كل واحدة في مقابلة مهر الأخرى .

اللفظ . فإذا كان فاسداً فكيف يكون صحيحاً ؟ ويتخرج أن يصح البيع وبفسد الشرط ، بناء على ما لو شرط ما ينافي مقتضى العقد ، كما سبق . والله أعلم .

٣٠٩٨ (فصل) وقد روى في تفسير بيعتين في بيعة وجه آخر : وهو أن يقول : بمالك هذا العبد بعشرة نقداً ، أو بخمسة عشر نسيئة ، أو بعشرة مكسرة أو تسعة صحاحاً . هكذا فسره مالك ، والثوري ، وإسحق ، وهو أيضاً باطل . وهو قول الجمهور ، لأنه لم يجز له بيع واحد . فأشبهه ما لو قال : بمالك هذا ، أو هذا . ولأن الثمن مجهول فلم يصح ، كالبيع بالرقم المجهول . ولأن أحد الموصفين غير معين ، ولا معلوم . فلم يصح ، كما لو قال : بمالك أحد عبيدي . وقد روى عن طاوس ، والحكم ، وحماد : أنهم قالوا : لا بأس أن يقول : أبيعك بالنقد بكذا ، وبالنسيئة بكذا فيذهب على أحدهما . وهذا محمول على أنه جرى بينهما بعد ما يجري في العقد . فكان المشتري قال : أنا آخذُهُ بالنسيئة بكذا . فقال : خذْهُ ، أو قد رَضِيتُ ، ونحو ذلك . فيكون عقداً كافياً ، وإن لم يوجد ما يقوم مقام الإيجاب ، أو يدل عليه لم يصح ، لأن ما مضى من القول لا يصح أن يكون إيجاباً ، لما ذكرناه ، وقد روى عن أحمد فيمن قال : إن خطبته اليوم فلك درهم . وإن خطبته غداً فلك نصف درهم : أنه يصح . فيحتمل أن يلحق به هذا البيع ، فيخرج وجهاً في الصحة . ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث إن العقد ثم يمكن أن يصح ، لكونه جملةً يحتمل فيها آهالة ، بخلاف البيع ، ولأن العمل الذي يستحق به الأجرة لا يمكن وقوعه إلا على إحدى الصفقتين ، فتقتضي الأجرة السمتة عوضاً له . فلا يفضى إلى التنازع ، وههنا بخلافه .

٣٠٩٩ (فصل) ولو باعه بشرط أن يسلفه ، أو يقرضه ، أو شرط المشتري ذلك عليه . فهو محرم ، والبيع باطل . وهذا مذهب مالك ، والشافعي . ولا أعلم فيه خلافاً ، إلا أن مالكاً قال : إن ترك مشترط السلف السلف صحيح البيع .

ولنا : ما روى عبد الله بن عمرو « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح مالم يضمن . وعن بيع مالم يقبض ، وعن بيعتين في بيعة » ، وعن شرطين في بيع ، وعن بيع وسلف » أخرجه أبو داود ، والترمذي ، وقال : حديث حسن ، صحيح ، وفي لفظ « لا يحل بيع وسلف » ولأنه اشترط عقداً في عقد . ففسد ، كبيعتين في بيعة . ولأنه إذا اشترط القرض زاد في الثمن لأجله ، فتصير الزيادة في الثمن عوضاً عن القرض ، وربحاً له . وذلك رباً محرم ، ففسد ، كما لو صرح به . ولأنه بيع فاسد ، فلا يعود صحيحاً ، كما لو باع درهماً بدرهمين ، ثم ترك أحدهما .

٣١٠٠ (فصل) وإذا جمع بين عقدين مختلفي القيمة بعوض واحد ، كالصرف ، وبيع ما يجوز التفرق فيه ، قبل القبض ، والبيع ، والنكاح ، أو الإجارة ، نحو أن يقول : بمالك هذا الدينار ، وهذا (م ٢٣ - الثاني - رابع)

الثوب ، بعشرين درهماً ، أو بعتك هذه الدار ، وأجر ثبوك الأخرى بألف ، أو باعه سيفاً محلياً بالذهب ، بفضة ، أو زواجك ابنتي وبعثك عبدها بألف ، صح العقد فيهما . لأنهما عينان يجوز أخذ العوض عن كل واحدة منهما منفردة . فجاز أخذ العوض عنهما مجتمعتين ، كالعبدين . وهذا أحد قولى الشافعى . وقال أبو الخطاب : فى ذلك وجه آخر : أنه لا يصح . وهو القول الثانى للشافعى ، لأن حكمهم مختلف . فإن المبيع يضمن بمجرد البيع ، والإجارة بخلافه . والأول أصح ، وما ذكره ينطّل بما إذا باع شقصاً وسيفاً . فإنه يصح مع اختلاف حكمهما ، بوجوب الشفعة فى أحدهما ، دون الآخر . فأما إن جمع بين الكتابة ، والبيع ، فقال كاتبتك وبعثك عبدى هذا بألف ، كل شهر مائة لم يصح . لأن المكاتب قبل تمام الكتابة عبد قن ، فلا يصح أن يشتري من سيده شيئاً . ولا يثبت لسيده فى ذمته ثمن ، وإذا بطل البيع ، فهل يصح فى الكتابة بقسطها ؟ فيه روايتان . نذكرهما فى تفريق الصفقة . وسوى أبو الخطاب بين هذه الصورة ، وبين الصور التى قبلها ، فقال : فى الكل وجهان ، والذى ذكرناه إن شاء الله تعالى أولى .

٣١٠١ (فصل) فى تفريق الصفقة . ومعناه : أن يبيع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز صفقة واحدة ، بثمن واحد . وهو على ثلاثة أقسام .

أحدها : أن يبيع معلوماً وتجهولاً ، كقوله : بعتك هذه الفرس ، وما فى بطن هذه الفرس الأخرى بألف . فهذا البيع باطل بكل حال . ولا أعلم فى بطلانه خلافاً ، لأن الجهول لا يصح بيعه لجهالاته . والمعلوم مجهول الثمن . ولا سبيل إلى معرفته . لأن معرفته إنما تكون بتقسيط الثمن عليهما . والجهول لا يمكن تقويمه فيقتدر التقسيط .

الثانى : أن يكون المبيعان مما ينقسم الثمن عليهما بالأجزاء ، كعبد مشترك بينه وبين غيره باعه كله بغير إذن شريكه ، وكففيزين من صبرة واحدة باعتهما من لا يملك إلا بعضهما ، فبى وجهان : أحدهما : يصح فى ملكه بقسطه من الثمن ، ويفسد فيما لا يملكه .

والثانى : لا يصح فيهما . وأصل الوجهين : أن أحمد نص فىمن تزوج حرة ، وأمة على روايتين . إحداها : يفسد فيهما . والثانية : يصح فى الحرة . والأولى أنه يصح فيما يملكه . وهو قول مالك ، وأبى حنيفة . وهو أحد قولى الشافعى . وقال فى الآخر : لا يصح . وهو قول أبى ثور ، لأن الصفقة جمعت حلالاً ، وحراماً . فتألب التحريم . ولأن الصفقة إذا لم يمكن تصحيحها فى جميع المقود عليه بطلت فى الكل ، كالجمع بين الأختين ، ويبيع درهم بدرهمين .

ولنا : أن كل واحد منهما له حكم لو كان منفرداً . فإذا جمع بينهما ثبت لكل واحد منهما حكمه ،

كما وباع شقصاً وسقيفاً . ولأن ما يجوز له بيعه قد صدر فيه البيع من أهله في محله بشرطه ، فصح ، كما لو انفرد . ولأن البيع سبب اقتضى الحكم في محلين ، وامتنع حكمه في أحد المحلين ، لنبوته عن قبوله . فيصح في الآخر ، كالو أوصى بشيء لآدمي ، وبهيمية ، وأما الدرهمان ، والأختان فليس واحد منهما أولى بالفساد من الآخر . فلذلك فسد فيهما . وهما بخلافه .

القسم الثالث : أن يكون المبيعان معلومين مما لا ينقسم عليهما الثمن بالأجزاء . كعبد ، وحر ، وخل ، وخمر ، وعبد ، وعبد غيره ، وعبد حاضر ، وآبق . فهذا يبطل البيع فيما لا يصح بيعه . وفي الآخر روايتان . نقل صالح عن أبيه فيمن اشترى عبيدين فوجد أحدهما حراً رجع بقيمته من الثمن ، ونقل عنه مهنا فيمن تزوج امرأة على عبيدين ، فوجد أحدهما حراً ، فلها قيمة العبد . فأبطل الصداق فيهما جميعاً ، وللشافعي قولان كالروايتين . وأبطل مالك العقد فيهما ، إلا أن يبيع مذكراً ، وملك غيره . فيصح في مذكركه . ويقف في ملك غيره على الإجازة ، ونحو قول أبي حنيفة . فإنه قال : إن كان أحدهما لا يصح بيعه بنص ، أو إجماع ، كالحر والخمر ، لم يصح العقد فيهما . وإن لم يثبت بذلك ، كملكه وملك غيره ، صح فيما يملكه ، لأن ما اختلف فيه يمكن أن يأنقذه حكم الإجازة ، بحكم حاكم بصحة بيعه . وقال أبو ثور : لا يصح بيعه لما تقدم في القسم الثاني . ولأن الثمن مجهول . لأنه إنما يتبين بالتقسيم للثمن على القيمة ، وذلك مجهول في الحال . فلم يصح البيع به ، كما لو قال : بعثك هذه السلعة برقمها ، أو بخصم من رأس المال . ولأنه لو صرح به فقال : بعثك هذا بقسطه من الثمن لم يصح . فكذلك إذا لم يصرح ، وقال من نصر الرواية الأولى : إنه متى سمي ثمناً في مبيع ينقطع بمضيه لا يوجب ذلك جهالة تمنع الصحة ، كما لو وجد بمض المبيع مبيعاً ، فأخذ أرشه ، والقول بالفساد في هذا القسم إن شاء الله أظهر . والحكم في الرهن ، والهبية ، وسائر العقود إذا جمعت ما يجوز ، وما لا يجوز ، كالحكم في البيع ، إلا أن الظاهر فيها الصحة . لأنها ليست عقود معاوضة . فلا توجد جهالة العوض فيها .

٣١٠٢ (فصل) وإن وقع العقد على مكيل ، أو موزون فتلف بمضيه قبل قبضه ، لم يفسخ العقد في الباقي . رواية واحدة . وبأخذ المشتري الباقي بحصته من الثمن . لأن العقد وقع صحيحاً ، فذهاب بمضيه لا يفسخه ، كما بعد القبض ، وكما لو وجد أحد المبيعين مبيعاً فردّه ، أو أقل أحد المتبايعين الآخر في بقض المبيع .

٣١٠٣ (فصل) وإن كان لرجلين عبدان ، لكل واحد عبد ، فباعهما صفقة واحدة بثمن واحد ، أو وكل أحدهما صاحبه فباعهما بثمن واحد . ففيه وجهان :

أحدهما : يصح فيهما . ويقسط العوض على قدر قيمتهما . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، وأحد

قولى الشافعى . لأن جُمْلَةَ الثمن معلومة . فصَحَّ ، كما لو كانا لرجلٍ واحدٍ ، وكذا لو باعا عبداً واحداً لهما ، أو قفيزين من صُبْرَةٍ واحدة .

والثانى : لا يصح . لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما مَبِيعٌ بِقِسْطِهِ من الثمن . وهو مجهولٌ على ما قدمنا . وفارق ما إذا كانا لرجلٍ واحدٍ . فإن جُمْلَةَ المبيع مَقَابِلَةٌ بِجُمْلَةِ الثمن ، من غير تقسيطٍ ، والعبدُ المشترك ، والقفيزان ينقسم الثمنُ عليهما بالأجزاء ، فلا جَمْعُ لَّهُ فِيهِ .

٣١٠٤ (فصل) ومتى حكمنا بالصحة في تفريق الصفقة ، وكان المشتري عالماً بالحال فلا خيارَ له . لأنه دخلَ على بصيرةٍ . وإن لم يعلم ، مثلُ أن اشترى عبداً يظنُّه كله للبائع ، فبان أنه لا يملكُ إلا نصفَهُ ، أو عَبدَينِ فَمَبِيعٌ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِلَّا أَحَدَهُمَا . فله الخيارُ بين الفسخ ، والإمساك . لأنَّ الصفقة تَبَاهَتْ عَلَيْهِ . وأم البائع فلا خيارَ له . لأنه رضى بزوالِ مِلْكِهِ عَمَّا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِقِسْطِهِ . ولو وقع العقدُ على شَيْئَيْنِ يُفْتَقَرُ إِلَى الْقَبْضِ فِيهِمَا ، فنف أحدُهما قبل قبضِهِ ، فدل انفاضُ : المشتري الخيارُ بين إمساك الباقي بِحِصَّتِهِ ، وبين الفسخ . لأنَّ حكم ما قبل القبض في كون المبيع من ضمان البائع ، حكم ما قبل العقد . بدليل أنه لو تهيَّب قبل قبضه لمَّا لَكَ المشتري الفسخ به .

٣١٠٥ « مسألة » قال ﴿ وَيَتَجَرَّ الوَصِيُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ . وَلَا ضِمَانٌ عَلَيْهِ . وَالرَّيْبُ كُلُّهُ لِلْيَتِيمِ . فَإِنْ أَعْطَاهُ مَنْ يُضَارِبُ لَهُ بِهِ فَلَهُ ضَارِبُ مِنَ الرَّيْبِ مَا وَافَقَهُ الوَصِيُّ عَلَيْهِ ﴾ .

وجملته : أن لوليِّ اليتيم أن يضاربَ بماله ، وأن يدفعه إلى من يضاربُ له به ، وَيَجْعَلَ لَهُ نصيباً من الربح ، أباً كان ، أو وصيّاً ، أو حاكماً ، أو أميناً حاكماً . وهو أولى من تركه . وممَّن رأى ذلك : ابن عمر ، والنخعي ، والحسن بن صالح ، ومالك ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأى . ويروى بإباحة التجارة به عن عمر ، وعائشة ، والضحاك ، ولا نعلم أحداً كرهه ، إلا ما روى عن الحسن . ولعله أراد اجتناب المخاطرة به . ولأنَّ خَزَنَتَهُ أَخْفَظُ لَهُ ، والذي عليه الجمهور أولى . لما روى عبدُ الله بن عمرو بن العاص : أن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال « مَنْ وَلِيَ يَدِيًّا لَهُ مَالٌ فَلْيَتَجَرَّ لَهُ ، وَلَا يَتْرُكْهُ حَتَّى تَأْكُلَهُ الصَّدَقَةُ » وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وهو أصحُّ من المرفوع . ولأنَّ ذلك أحظُّ المولى عابه ، أن يكون نفقته من فاضله ، وربحه ، كما يفعله البالفون في أموالهم وأموال من يوزعون عليهم من أولادهم إلا أنه لا يتجرُّ إلا في المواضع الآمنة . ولا يدفعه إلا لأمين ، ولا يُغرَّرُ بماله . وقد روى عن عائشة رضى الله عنها « أَنَّهَا أَبْضَعَتْ ^(١) مَالُ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ فِي الْبَحْرِ » فيَحْتَمِلُ

(١) أبضعت مال محمد بن أبي بكر : جعلته بضاعة في البحر أى سمحت بالمناجزة في ماله في بضاعة بطريق البحر .

أَنَّهُ كَانَ فِي مَوْضِعٍ مَّأْمُونٍ ، قَرِيبٍ مِنَ السَّاحِلِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا جَعَلَتْهُ مِنْ صَمَانِهِ عَلَيْهِمَا ، إِنِّ هَلَكَ غَرِمَتُهُ . فَتَى اتَّجَرَ فِي الْمَالِ بِنَفْسِهِ فَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِلْيَتِيمِ . وَأَجَازَ الْحَسَنُ بْنُ صَالِحٍ ، وَإِسْحَاقُ أَنْ يَأْخُذَهُ الْوَصِيُّ مُضَارَبَةً لِنَفْسِهِ . لِأَنَّهُ جَازَ أَنْ يَدْفَعَهُ بِذَلِكَ إِلَى غَيْرِهِ . فَجَازَ أَنْ يَأْخُذَ ذَلِكَ لِنَفْسِهِ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا . لِأَنَّ الرِّبْحَ نَمَاءُ مَالِ الْيَتِيمِ . فَلَا يَسْتَحِقُّهُ غَيْرُهُ إِلَّا بِمَقْدَرٍ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَمْقِدَ الْوَلِيُّ الْمُضَارَبَةَ مَعَ نَفْسِهِ . فَأَمَّا إِنْ دَفَعَهُ إِلَى غَيْرِهِ فَلِلْمُضَارِبِ مَا جَعَلَهُ لَهُ الْوَلِيُّ ، وَوَافَقَهُ عَلَيْهِ ، أَى اتَّفَقَا عَلَيْهِ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . لِأَنَّ الْوَصِيَّ نَائِبٌ عَنِ الْيَتِيمِ فِيمَا فِيهِ مَصْلَحَتُهُ ، وَهَذَا فِيهِ مَصْلَحَتُهُ فَصَارَ تَصَرُّفُهُ فِيهِ كَتَصَرُّفِ الْمَالِكِ فِي مَالِهِ .

٣١٠٦ (فصل) ويجوز لولي اليتيم لبضائع ماله . ومعناه : دَفَعَهُ إِلَى مَنْ يَتَّجِرُ بِهِ ، وَالرَّبْحُ كُلُّهُ لِلْيَتِيمِ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا « أَنَّهَا أَبْضَعَتْ مَالَ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ » وَلَأنَّهُ إِذَا جَازَ دَفَعَهُ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ ، فَدَفَعَهُ إِلَى مَنْ يُوفِّرُ الرِّبْحَ أَوَّلَى . وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ الْعَقَارَ لِأَنَّهُ مَصْلَحَةٌ لَهُ . فَإِنَّهُ يَحْصُلُ مِنْهُ الْفَضْلُ ، وَيَبْقَى الْأَصْلُ ، وَالْفَرَرُ فِيهِ أَقْلٌ مِنَ التَّجَارَةِ . لِأَنَّ أَصْلَهُ مَحْفُوظٌ . وَيَجُوزُ أَنْ يَبْنِيَ لَهُ عَقَارًا . لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الشَّرَاءِ ، إِلَّا أَنْ يَسْكُونَ الشَّرَاءَ أَحْظَ ، وَهُوَ مُمْكِنٌ . فَيَتِمُّ تَقْدِيمُهُ . وَإِذَا أَرَادَ الْبِنَاءَ بَنَاهُ بِمَا يَرَى الْحَظَّ فِي الْبِنَاءِ بِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَبْنِيهِ بِالْأَجْرِ ، وَالطَّيْنِ . وَلَا يَبْنِي بِاللَّيْنِ . لِأَنَّهُ إِذَا هُدِمَ لَا مَرْجُوعَ لَهُ ، وَلَا يَحْصِي ، لِأَنَّهُ يَلْتَصِقُ بِالْأَجْرِ ، فَلَا يَتَخَلَّصُ مِنْهُ . فَإِذَا هُدِمَ فَسَدَ الْآجَرُ . لِأَنَّ تَخْلِيصَهُ مِنْهُ يَفْضِي إِلَى كُفْرِهِ ، وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَالَّذِي فَلَنَاهُ أَوَّلَى إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . فَإِنَّهُ إِذَا كَانَ الْحَظُّ لَهُ فِي الْبِنَاءِ بِغَيْرِهِ ، فَتَرَكَهُ ، ضَمِيمَ حَظِّهِ وَمَالَهُ . وَلَا يَجُوزُ تَضْيِيعُ الْحِلْزِ الْمَاجِلِ ، وَتَحْمِيلُ الضَّرَرِ النَّاجِزِ الْمُتَيَقِّنَ لِمَوْتِهِ مَصْلَحَةً بِقَاءِ الْآجَرِ عِنْدَ هَدْمِ الْبِنَاءِ . وَلَعَلَّ ذَلِكَ لَا يَسْكُونُ فِي حَيَاتِهِ ، وَلَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، مَعَ أَنْ كَثِيرًا مِنَ الْبُلْدَانِ لَا يَوْجَدُ فِيهَا الْآجَرُ ، وَكَثِيرٌ مِنْهَا لَمْ تَجْرَ عَادَتُهُمْ بِالْبِنَاءِ بِهِ . فَلَوْ كَلَّفُوا الْبِنَاءَ بِهِ لَا حَتَاجَ إِلَى غَرَامَةٍ كَثِيرَةٍ لَا يَحْصُلُ مِنْهَا طَائِلٌ . وَقَوْلُ أَصْحَابِنَا يَخْتَصُّ مَنْ عَادَتُهُمُ الْبِنَاءُ بِالْأَجْرِ ، كَالْعِرَاقِ ، وَنَحْوِهَا . فَلَا يَصِحُّ فِي حَقِّ غَيْرِهِمْ .

٣١٠٧ (فصل) ولا يجوز بيعُ عقاره لغير حاجةٍ . لِأَنَّنَا نَأْمُرُهُ بِالشَّرَاءِ ، لِمَا فِيهِ مِنَ الْحَظِّ . فَيَسْكُونُ بَيْعُهُ تَقْوِيَةً لِلْحَظِّ . فَإِنْ احْتِيجَ إِلَى بَيْعِهِ جَازَ . نَقَلَ أَبُو دَاوُدَ عَنْ أَحْمَدَ : يَجُوزُ لِلْوَصِيِّ بَيْعُ الدُّوَرِ عَلَى الصُّمَامِ ، إِذَا كَانَ نَظَرًا لَهُمْ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَإِسْحَاقُ . قَالُوا : يَبِيعُ إِذَا رَأَى الصَّلَاحَ . قَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي مَوَاضِعٍ .

أَحَدُهَا : أَنْ يَسْكُونَ بِهِ ضَرُورَةً إِلَى كُفْرَةٍ ، أَوْ نَفَقَةٍ ، أَوْ قِصَاصٍ دِينٍ ، أَوْ مَا لَا بَدَّ مِنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ مَا تَدْفَعُ بِهِ حَاجَتَهُ .

الثاني : أن يكون في بيعه غبطة . وهو أن يدفع فيه زيادة كثيرة على ثمن المثل . قال أبو الخطاب : كالثالث ، ونحوه ، أو يخاف عليه الهلاك بفرق أو خراب . أو نحوه . وهذا مذهب الشافعي ، وكلام أحمد يقتضي إباحة البيع في كل موضع يكون نظراً لهم . ولا يختص بما ذكره . وقد يرى الولي الحظ في غير هذا ، مثل أن يكون في مكان لا يذفع به ، أو نفعه قليل ، فيبيعه ، ويشتري له في مكان يسكر نفعه ، أو يرى شيئاً في شرائه غبطة ، ولا يمكنه شراؤه إلا ببيع عقاره . وقد تكون داره في مكان يتضرر بالظلم بالمقام فيها ، لسوء الجوار ، أو غيره ، فيبيعها ويشتري له بتمنأ داراً يصلح له المقام بها ، وأشبه هذا مما لا ينحصر . وقد لا يكون له حظ في بيع عقاره ، وإن دفع فيه مثلاً ثمنه ، إنما لحاجته إليه ، وإما لأنه لا يمكن صرف ثمنه في مثله ، فيضيع الثمن ، ولا يبارك فيه . فقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ بَاعَ دَاراً أَوْ عَقَاراً ، وَلَمْ يَصْرِفْ ثَمَنَهُ فِي مِثْلِهِ لَمْ يُبَارَكْ لَهُ فِيهِ »^(١) فلا يجوز بيعه إذا . فلا معنى لتقييده بما ذكره في الجواز ، ولا في المنع . بل متى كان بيعه أحظ له جاز بيعه وإلا فلا .

٣١٠٨ (فصل) ويجوز لولي اليتيم كتابته رقيق اليتيم ، وإعتاقه على مال ، إذا كان الحظ فيه ، مثل أن تكون قيمته ألفاً فيكاتبه بألفين ، أو يعتقه بألفين . فإن لم يكن فيها حظ لم يصح . وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يجوز إعتاقه . لأن الإعتاق بمال تعليق له على شرط . فلم يملكه ، ولي اليتيم كالتعليق على دخول الدار . وقال الشافعي : لا يجوز كتابته ، ولا إعتاقه ، لأن المقصود منها العتق دون المعاوضة . فلم يجز ، كالإعتاق بغير عوض .

ولنا : أنها معاوضة لليتيم فيها حظ ، فملكها وليه ، كبيعه . ولا عبرة بنفع العبد ، ولا يضره كونه تعليقاً . فإنه إذا حصل الحظ لليتيم لا يضره نفع غيره ، ولا كونه العتق حصل بالتعليق . وفارق ما فاسدوا عليه . فإنه لا نفع فيه ، فنع منه ، لعدم الحظ ، وانتفاء المقتضى ، لا لما ذكره . ولو قدر أن يكون في العتق بغير مال نفع كان نادراً . ويتوجه أن يصح . قال أبو بكر : يتوجه العتق بغير عوض للحظ ، مثل أن يكون لليتيم جارية وابنتها يساويان مائة مجتمعتين ، ولو أفردت إحداها ساوت مائتين . ولا يمكن إفرادها بالبيع ، فيعتق الأخرى لتكثرة قيمة الباقية ، فتصير ضعف قيمتها .

٣١٠٩ (فصل) قال أحمد : ويجوز للوصي أن يشتري لليتيم أضحية ، إذا كان له مال ، يعني مالاً كثيراً ، لا يتضرر بشراء الأضحية . فيكون ذلك على وجه التوسعة في النفقة في هذا اليوم الذي

(١) ينبغي تقييد عدم البركة بما إذا لم يكن محتاجاً إليه في شيء غير العقار ، كسداد دين ، أو نفقه ، أو تجارة رابحة مضمونة الربح أو فيها مصلحة للمسلمين ، كجلب الطعام والكسوة لهم أو نحو لك . وهذا الحديث رواه ابن ماجة والحافظ الضياء عن حذيفة وهو حديث صحيح .

هو عيد ، ويومُ فرح ، وفيه جَبُرُ قلبه ، وتطيبه ، وإلحاقهُ بَمَنْ له أُب ، فيُنزَل منزلةُ الشَّيَابِ الحَسَنَةِ ، وشراء اللحم ، سِتّاً مع استحباب التوسعة في هذا اليوم ، وَجَرَى العادةُ بها ، بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم « إِنَّهَا أَيَّامُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ ، وَذَكَرَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ » رواه مسلم . ومتى كان خلطُ مال اليتيم أرفقَ به ، وألينَ في الخبز ، وأمكن في حصول الأذم ، فهو أولى . وإن كان لإفراذه أرفقَ به أفردته . لقوله تعالى (٢ : ٢٢) وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ، وَإِنْ تُخَاطَبُوا عَنْهُمُ فَاخْزَوْا نَفْسَكُمْ ، وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ . وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَغْنَتْكُمُ إِنَّا اللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ (أى ضيق عليكم وشدت ، من قوهم : أغنت فلان فلاناً إذا ضيق عليه وشدت . وعفيت الرجل إذا ضلعت ^(١) . ويجوز للوصى تركُ الصبي في المكتب بغير إذن الحاكم . وحكى لأحمد قول سُفْيَان : لا يَسْلَمُ الوصى الصبي إلا بإذن الحاكم . فأنكر ذلك . وذلك لأن المكتب من مصالحه . فجزى مجرى نفقته . لما كوله ، ومشروبه ، وملبوسه . وكذلك يجوز له إسلامه في صناعة إذا كانت مصلحته في ذلك ، لما ذكرناه .

٣١١٠ (فصل) وإذا كان الولي مؤسراً . فلا يأكل من مال اليتيم شيئاً ، إذا لم يكن أباً ، لقوله تعالى (٤ : ٦) وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ) وإن كان فقيراً فله أقلّ الأمرين : من أجرته ، أو قدر كفايته . لأنه يستحقه بالعمل ، والحاجة جميعاً . فلم يجوز أن يأخذ إلا ما وجد فيه . فإذا أكل منه ذلك القدر ، ثم أيسر ، فإن كان أباً لم يلزمه عوضه . رواية واحدة . لأنّ للأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء ، مع الحاجة وعدمها . وإن كان غير الأب فهل يلزمه عوض ذلك ؟ على روايتين .

إحدهما : لا يلزمه . وهو قول الحسن والبخاري . وأحد قول الشافعي . لأنّ الله تعالى أمر بالأكل من غير ذكر عوض . فأشبهه سائر ما أمر بأكله . ولأنه عوض من عمله ، فلم يلزمه بدله ، كالأجير والمضارب .

والثانية : يلزمه عوضه ، وهو قول عبيدة السلماني ، وعطاء ، ومجاهد ، وسعيد بن جبير ، وأبي العالمة . لأنه استباحه بالحاجة من مال غيره . فلزمه قضاؤه كالمضطر إلى طعام غيره . والأول أصح . لأنه لو وجب عليه إذا أيسر لكان واجباً في الذمة قبل اليسار . فإن اليسار ليس بسبب للوجوب ، فإذا لم يجب بالسبب الذي هو الأكل لم يجب بعده . وفارق المضطر . فإن العوض واجب عليه في ذمته ، ولأنه لم يأكله عوضاً عن شيء ، وهذا بخلافه .

٣١١١ (فصل) فأما قرضُ مال اليتيم : فإذا لم يكن فيه حظ له لم يجوز قرضه ، فحق أمكن الولي التجارة به ، أو تحصيل عمار له فيه الحظ لم يقرضه . لأنّ ذلك يموت الحظ على اليتيم . وإن لم يمكن

(١) عنت : بفتح العين وكسر النون ، وضلعت مثلها ، ومعنى ضلعت اعوجت .

وقد ذكرناها فيما مضى . وأما غير المميز فلا يصحُ تصرُّفه ، وإن أذن له الوليُّ فيه ، إلّا في الشيء اليسير ، كما روى عن أبي الدرداء « أَنَّهُ اشْتَرَى مِنْ صَبِيٍّ عُصْفُورًا فَأَرْسَلَهُ » ذكره ابن أبي موسى .

٣١١٦ « مسألة » قال ﴿ وما استدان العبد فهو في رقبته ، بفديه سيّده ، أو يُسَلِّمُهُ ، فإن جاوز ما استدان قيمته ، لم يكن على سيّده أكثرُ من قيمته ، إلّا أن يكون مأذوناً له في التجارة . فيلزم مولاة جميع ما استدان ﴾ .

في هذه المسألة أربعة فصول :

أحدها : في استدانة العبد ، يعنى أخذه بالدين . يقال : أدان ، واستدان ، وتدّين : قال الشاعر :

يُوْنَّبِيّ فِي الدِّينِ قَوِيٌّ ، وَإِنَّمَا تَدَدَّيْتُ فِيمَا سَوَّفَ يَكْسِبُهُمْ هَذَا

والعبيدُ قسمان : محجور عليه . فما لزمه من الدين بغير رضى سيّده ، مثلُ أن يقترض ، أو يشتري شيئاً في ذمّته . ففيه روايتان .

إحدهما : يتعلّق برقبته . اختارها الحرّقيّ ، وأبو بكر . لأنه دين لزمه بغير إذن سيّده . فتعلّق برقبته ، كأرش جنابته .

والثانية : يتعلّق بذمّته ، يتبّعهُ الغريمُ به ، إذا عتق ، وأيسر . وهذا مذهب الشافعيّ . لأنه متصرّف في ذمّته بغير إذن سيّده . فتعلّق بذمّته ، كعموض الخلع من الأمة ، وكالحز .

القسم الثاني : المأذون له في التصرّف ، أو في الاستدانة ، فما لزمه من الدين : هل يتملّك بذمّة السيّد أو برقبته ؟ على روايتين ، وقال مالك ، والشافعيّ : إن كان في يده مالٌ قضيت ديونهُ منه ، وإن لم يكن في يده شيء تعلّق بذمّته ، يتبع به إذا عتق وأيسر . لأنه دينٌ ثبت برضى مَنْ له الدين . أشبه غير المأذون له . فوجب أن لا يتعلّق برقبته . كما لو استقرض بغير إذن سيّده ، وقال أبو حنيفة : يُباع إذا طالب الغُرْماءَ ببيعته . وهذا معناه : أنه تعلّق برقبته . لأنه دينٌ ثبت برضى مَنْ له الدين ، فيباع فيه ، كما لو رهنه .

ولنا : أنه إذا أذن له في التجارة ، فقد أغرى الناس بمعاملته ، وأذن فيها ، فصار ضامناً . كما لو قال لهم : داينوه ، أو أذن في استدانة تزيد على قيمته . ولا فرق بين الدين الذي لزمه في التجارة المأذون فيها ، أو فيما لم يؤذن فيه ، مثلُ أن أذن له في التجارة في البرّ فاتجر في غيره . فإنه لا ينفك عن التفرير . إذ يظنُّ الناسُ أنه مأذون له في ذلك أيضاً .

الفصل الثاني : فيما لزمه من الدين من أروش جناباته ، أو قيمٍ مُتعلّقاته . فهذا يتعلّق برقبة العبد على كلّ حال ، مأذوناً أو غير مأذون . رواية واحدة . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعيّ ، وكلُّ ما يتعلّق

ولأنه يُقبل قوله في عدم التفريط فيما تصرف فيه من غير العقار . فَيَقْبَلُ قوله في العقار ، كالأب . وإذا بلغ الصبي فادعى أنه لا حظ له في البيع لم يُقبل إلا ببيئته . فإن لم تسكن بيئته ، فالقول قول الولي مع يمينه . وإن قال الولي : أنفقت عليك منذ ثلاث سنين ، وقال الغلام ما مات أبي إلا منذ سنتين فالقول قول الغلام . ذكره القاضي : لأن الأصل حياة والده ، واختلافهما في أمر ليس الوصي أميناً فيه ، فكأن القول قول من يوافق قوله الأصل .

٣١١٤ (فصل) قال أحد : يجوز للوصي البيع على الغائب البالغ ، إذا كان من طريق النظر . وقال أصحابنا : يجوز للوصي البيع على الصغار ، والكبار ، إذا كانت حقوقهم مشتركة في عقار في قسمه إضراراً ، وبالصغار حاجة إلى البيع ، إما لقضاء دين ، أو مؤنة لهم . وقال أبو حنيفة ، وابن أبي ليلى : يجوز البيع على الصغار ، والكبار ، فيما لا بد منه . ولعلهما أرادا هذه الصورة . لأن في ذلك نظراً للصغار ، واحتياطاً للميت في قضاء دينه . وقال الشافعي : لا يصح بيعه على الكبار . لأنه تصرف في مال غيره من غير وكالة . ولا ولاية . فلم يصح ، كبيع ماله المفترز ، أو ما لا نصرة قسمته . وهذا هو الصحيح ، وما ذكروه لا أصل له يقاس عليه . وبعارضه أن فيه ضرراً على الكبار ببيع ما لهم بغير إذنه . ولأنه لا يجوز له بيع غير العقار . فلم يجز له بيع العقار ، كالأجنبي .

٣١١٥ (فصل) وبصح تصرف الصبي المميز بالبيع ، والشراء ، فيما أذن له الولي فيه ، في إحدى الروايتين . وهو قول أبي حنيفة .

والثانية : لا يصح حتى يبلغ . وهو قول الشافعي . لأنه غير مكلف ، أشبهه غير المميز ، ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصلح به التصرف ، خلفائه ، وتزايد تزايداً خفي التدرج . فجعل الشارع له ضابطاً ، وهو البلوغ . فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة .

ولنا قول الله تعالى (٤ : ٦) وَابْتَاعُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ، فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ، فادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ومعناه : اختبروهم ، اتعلموا رُشدهم . وإنما يتحقق اختبارهم بتفويض التصرف إليهم ، من البيع ، والشراء ، وليعلم هل يُفَبِّنُ أولاً . ولأنه عاقل مميز ، محجور عليه ، فصَحَّ تصرفه بإذن وليه ، كالعبد ، وفارق غير المميز ، فإنه لا تحصل المصلحة بتصرفه ، لعدم تمييزه ، ومعرفة ، ولا حاجة إلى اختباره . لأنه قد علم حاله . وقولهم « إنَّ العقل لا يَمَسُّ كُنُ الاطلاع عَلَيْهِ » قلنا : يُعلم ذلك بآثاره ، وجريان تصرفاته على وفق المصلحة ، كما يُعلم في حق البالغ . فإن معرفة رُشده شرط دفع ماله إليه ، وصَحَّ تصرفه ، كذا ههنا . فأما إن تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه ، ويحتمل أن يصح ، ويقف على إجازة الولي . وهو قول أبي حنيفة ، ومعنى ذلك : على ما إذا تصرف في مال غيره بغير إذنه .

وأما العبد المأذون له : فيصح تصرفه في قدر ما أُذن له فيه . لا نعلم فيه خلافاً . ولا يصح فيما زاد . نص عليه أحمد . وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إذا أُذن له في نوع انفك الحجر عنه . وجاز له التصرف مطلقاً . لأن الحجر لا يتجزأ . فإذا زال بعضه زال كله .

ولنا : أنه متصرف بالإذن . فاخص تصرفه بمحل الإذن ، كالوكيل . وقولهم : إن الحجر لا يتجزأ . لا يصح . فإنه لو صرح بالإذن له في بيع عين ، ونهيه عن أخرى صح . وكذلك في الشراء ، كالوكيل ، وإن أُذن له السيد في ضمان ، أو كفالة ففعل ، صح ، وهل يتعلق بذمة السيد ، أو رقبة العبد ؟ على وجهين ، وإن رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يعبر بذلك مأذوناً له .

الفصل الرابع : في تصرفاته ، إن كان مأذوناً له في التجارة ، قبل إقراره في قدر ما أُذن له ، ولم يقبل فيما زاد . ولا يقبل إقرار غير المأذون له بالمال . فإن أقر بعين في يده ، أو دين يتعلق برقبته ، لم يقبل على سيده ، لأنه يقر بحق على غيره ، فلم يقبل ، كما لو أقر أن سيده باعه . ويثبت ذلك في ذمته يتبع به بعد العتق ، وإن أقر بجنايته استوى في ذلك المأذون له وغيره . وينقسم ذلك أقساماً أربعة :

أحدها : جنابة موجبها المال ، كإتلافه ، أو جنابة خطأ أو شبهة عمد ، أو جنابة عمد ، فيما لا قصاص فيه ، كالجائفة ، ونحوها ، فلا يقبل إقراره بها ، لأنه إقرار بالمال ، فلم يقبل ، كما لو أقر بدراهم ، أو دنانير .

القسم الثاني : جنابة موجبها حد سوى السرقة ، أو قصاص فيا دون النفس ، فيقبل إقراره بذلك . وبه قال أبو حنيفة ومالك ، والشافعي . وقال زفر ، وداود ، والمزني ، وجريز : لا يقبل . لأنه يستلزم به حق السيد . فلا يقبل ، كالإقرار بجناية الخطأ .

ولنا : ما روى عن علي رضي الله عنه « أنه قطع يد عبده بإقراره بالسرقة ، وجلد عبداً أقر عندّه بالزنا نصف الحد » ولا يخالف له في الصحابة . فكان إجماعاً ولأن ما لا يقبل إقرار السيد فيه على العبد يقبل فيه إقرار العبد كالطلاق . ولأن العبد غير مُتهم فيه . لأن ضرره به أخص . وهو بألمه أمس . فقبل إقراره ، كما لو أقرت به الزوجة . وخرج على هذين الماعنين جنابة الخطأ . فإن إقرار السيد بها مقبول ، ولا يتضرر العبد بها .

القسم الثالث : إقراره بالسرقة يقبل في الحد فيقطع ، ولا يقبل في المال ، سواء كانت العين تالفة ، أو باقية في يد السيد ، أو في يد العبد ، وبهذا قال الشافعي ، ويحتمل أن لا يقطع إذا أقر بسرقة عين موجودة في يده . وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن الماعن محكوم بها لسيده . فلا يقطع بسرقة عين سيده .

برقبته فإن السيد يتخير بين تسليمه للبيع ، وبين فدائه ، فإن سلمه فيبيع ، وكان ثمنه أقل من أرش جنابته ، فليس للمجنى عليه إلا ذلك . لأن العبد هو الجاني . فلا يجب على غيره شيء . وإن كان ثمنه أكثر فالفضل لسيدته . وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد : أن السيد لا يرجع بالفضل . ولعله يذهب إلى أنه دفعه إليه عوضاً عن الجناية . فلم يبق لسيدته فيه شيء ، كما لو مأسكه إتياء عوضاً عن الجناية . وهذا ليس بصحيح . فإن المجنى عليه لا يستحق أكثر من قدر أرش الجناية عليه ، كما لو جنى عليه حر ، والجاني لا يجب عليه أكثر من قدر جنابته . ولأن الحق تعلق بميمنه . فكان الفضل من ثمنه لسيدته ، كالرهن . ولا يصح قولهم : إنه دفعه عوضاً . لأنه لو كان عوضاً للمسكه المجنى عليه ، ولم يبيع في الجناية . وإنما دفعه إتياء ، فيؤخذ منه عوض الجناية ، ويرد إليه الباقي ، ولذلك لو أتلّف درهما ، لم يبطل حق سيده منه بذلك ، لمعجزه عن أداء الدرهم من غير ثمنه . وإن اختار السيد فداءه ، لزمه أقلّ الأمرين : من قيمته ، أو أرش جنابته . لأن أرش الجناية إن كان أكثر فلا يتعلق بغير العبد الجاني ، لعدم الجناية من غيره . وإنما تجب قيمته ، وإن كان أقل ، فلم يجب بالجناية إلا هو . وعن أحمد رواية أخرى : أنه يلزمه أرش جنابته ، بالفا ما بلغ . لأنه يجوز أن يرغب فيه راغب ، فيشتريه بأكثر من ثمنه . فإذا منع بيعه لزمه جميع الأرش ، لتفويته ذلك . وللشافعي قولان كالروايتين .

الفصل الثالث : في تصرفاته . أما غير المأذون : فلا يصح بيعه ، ولا شراؤه بعين المال . لأنه تصرف من المحجور فيما حُجِرَ عليه فيه . فأشبهه المفلس . ولأنه تصرف في ملك غيره بغير إذنه . فهو كتصرف الفضولي . ويتخرج أن يصح ويقف على إجازة السيد كذلك . وأما شراؤه بشئ في ذمته ، واقتراضه . فيحتمل أن لا يصح . لأنه محجور عليه . أشبه السفه . ويحتمل أن يصح لأن الحُجْرَ لحق غيره . أشبه المفلس ، والمرضى ، ويتفرع عن هذين الوجهين : أن التصرف وإن كان فاسداً فلا بائع والمقرض أخذ ماله إن كان باقياً ، سواء كان في يد العبد ، أو السيد ، وإن كان تالفاً فله قيمته ، أو مثله ، إن كان مثلياً ، فإن تلف في يد السيد رجع بذلك عليه ، لأن عين ماله تلف في يده ، وإن شاء كان ذلك متعلقاً برقبة العبد ، لأنه الذي أخذه منه . وإن تلف في يد العبد فالرجوع عليه ، وهل يتعلق برقبته أو ذمته ؟ على روايتين . وإن قلنا بالتصرف صحيح ، والبيع في يد العبد ، فلا بائع فسخ البيع ، والمقرض الرجوع فيما أقرض . لأنه قد تحقق إعسار المشتري ، والمقرض . فهو أسوأ حالاً من الحرّ المعسر . وإن كان السيد قد انتزعه من يد العبد مأسكه بذلك ، وله ذلك . لأنه أخذ من عبده مالاً في يده بحق ، فهو كالصيد . فإذا مأسكه السيد كان كملاكه في يد العبد ، ولا يملك البائع والمقرض انتزاعه من السيد بحال . وإن كان قد تلف استقر ثمنه في رقبة العبد ، أو في ذمته ، سواء تلف في يد العبد أو السيد .

ذلك . وكان قرضه حفظاً لليتم جاز . قال أحمد : لا يُقرض مال اليتيم لأحدٍ يريد مسكافاته ومودته . ويُقرض على النظر ، والشفقة ، كما صنع ابن عمر ، وقيل لأحمد : إن عمر استقرض مال اليتيم . قال : إنما استقرض نظراً لليتم ، واحتياطاً إن أصابه شيء غريمه ، قال القاضي : ومعنى الحظ : أن يكون لليتم مال في بلده ، فيُربدُ نقله إلى بلدٍ آخر ، فيُقرضه من رجل في ذلك البلد ، لِيَتَقَضِيَهُ بِدَلِّهِ فِي بَلَدِهِ ، يقصدُ بذلك حفظه من الغرر في نقله ، أو يخافُ عليه الهلاك من نهب ، أو غرق ، أو نحوها ، أو يكونُ مما يتلف بتناول مدته ، أو حديثه خيرٌ من قديمه كالخبطة ، ونحوها . فيقرضه خوفاً أن يُسوس ، أو تنقص قيمته . وأشبه هذا . فيجوز القرض ، لأنه مما لليتم فيه الحظ ، فجاز كالتجارة به . وإن لم يكن فيه حظ . وإنما قصد إزفاق المقرض ، وقضاء حاجته . فهذا غير جائز . لأنه تبرع بمال اليتيم ، فلم يجز ، كهبته . وإن أراد الولي السفر لم يكن له المسافرة بماله ، وقرضه لثقة أمينٍ أولى من إيداعه ، لأنّ الوديعة لا تُضمَّنُ إذا تلفت ، فإن لم يجد من يستقرضه على هذه الصفة فله إيداعه . لأنه موضع حاجة ولو أودعه مع إمـ كان قرضه جاز . ولا ضمن عليه . فإنه ربما رأى الإبداع أحظَّ له من القرض . فلا يكون مُقرضاً وكل موضع قلنا : له قرضه ، فلا يجوز إلا للمليء أمين ، ليأمن جُودته ، وتعدُّر الإيفاء . وينبغي أن يأخذ رهناً إن أمكنه . وإن تعذر عليه أخذ الرهن جاز تركه في ظاهر كلام أحمد . لأنّ الظاهر ممّن يستقرضه من أجل حفظ اليتيم : أنه لا يبذل رهناً . فاشتراط الرهن بقرت هذا الحظ . وقال أبو الخطاب : يقرضه إذا أخذ بالقرض رهناً ، فظاهر هذا أنه لا يقرضه إلا برهن . لأنّ فيه احتياطاً للمال ، وحفظاً له عن الجحد ، والأطل . وإن أمكنه أخذ الرهن فأدولى له أخذه احتياطاً على المال ، وحفظاً له . فإن تركه احتمل أن يضمن إن ضاع المال ، لتفريطه . واحتمل أن لا يضمن ، لأنّ الظاهر سلامته . وهذا ظاهر كلام أحمد . لكونه لم يذكر الرهن .

٣١١٢ (فصل) قال أبو بكر : وهل يجوز للوصي أن يستنيب فيما يتولى مثله بنفسه ، على روايتين . لأنه متصرف بالإذن في مال غيره . فأشبهه الوكيل ، وقال القاضي : يجوز ذلك للوصي . وفي الوكيل روايتان . وفرق بينهما بأن الوكيل يمكنه الاستئذان ، والوصي بخلافه .

٣١١٣ (فصل) وإذا ادعى الولي الإنفاق على الصبي ، أو على ماله ، أو عقاره بالمعروف من ماله ، أو ادعى أنه باع عقاره لحظه ، أو بناءً لمصلحته ، أو أنه تلف قيل قوله . وقال أصحاب الشافعي : لا يُمضى الحاكم ببيع الأمين ، والوصي حتى يثبت عنده الحظ البيّنة . ولا يُقبل قولها في ذلك . ويُقبل قول الأب ، والجد .

وانا : أن من جاز له بيع العقار ، وشراؤه لليتم يجب أن يُقبل قوله في الحظ ، كالأب ، والجد .

ولأن المطالبة بالمسروق شرط في القطع . وهذه لا يملك غير السيد المطالبة بها . ولأن هذا شبهة ، والحدود تُدْرَأ بالشبهات .

ولنا : خبرُ علي رضي الله عنه . ولأنه مُقَرَّر بِسَرِقَةِ عَيْنٍ تَبْلُغُ نِصَابًا . فوجب قطعه ، كما لو أقر حرٌّ بسرقة عين في يد غيره . وما ذكروه يَبْطُلُ بهذه الصورة . وإنما لم تُرَدِّ العَيْنُ إلى المسروق منه لحق السيد . وأما في حق العبد فقد يثبت المقر له . ولهذا لو عتق ، وعادت العينُ إلى يده لزمه ردُّها إلى المقرِّ له . القسم الرابع : الإقرار بما يُوجب القصاصَ في النفس . فروى عن أحمد : أنه لا يُقبل . وعموم قول الخِرَقي : إن أقر الحَجُورُ عليه بما يُوجب حَدًّا أو قِصاصًا . أو طلق زوجته ، لزمه ذلك : يَقْضَى قبول إقراره . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعي . لأنه أقرَّ بما يُوجب قِصاصًا ، فقبل ، كإقراره بقطع اليد ، ولأنه أحدُ نَوَاعِي القِصاصِ ، فقبل إقراره به ، كالآخر . ولأنه لا يُقبل إقرار سَيِّده عليه به ، فقبل إقراره به ، كالحد . واحتج أصحابنا بأن مقتضى القياس أن لا يُقبل إقراره بالقصاص . أصلاً ، لأنه إقرارٌ على مال سيده ، ولأنه مُتَمِّمٌ . إذ يحتمل أن يكون عن مواطاةٍ بينهما ، ليُغْفَرَ على مالٍ ، فيستحق رقبة العبد . ولذلك لم تحمِلِ المائِلَةُ اتِّرافًا . فتركنا ما وَجَبَ القياسُ لخبر علي رضي الله عنه ، فبقيا عداه يبقى على موجب القياس . ويُفارق القصاصُ في النفس القصاصُ في الطَّرْفِ . لأنه قد يحتمل أنه أراد التحلُّص من سيده ، ولو بفوات نفسه . وكل موضع حكمنا بقبول إقراره بالقصاص ، لحكمه حكمُ الثابت بالبينة . فلولي الجناية العفو ، والاسْتِيفَاءُ ، والعفو على مالٍ فإن عفا تَمَلَّقَ الأَرُشُ بِرَقَبَةِ العبد ، على ما مرَّ ببيانه . ويحتمل أن لا يملك العفو على مالٍ ، لثلاث يتخذ ذلك وسيلةً إلى الإقرار بمالٍ .

٣١١٧ « مسألة » قال ﴿ ويبيع الكلب باطلٌ ، وإن كان معلماً ﴾

لا يختلف المذهب في أن بيع الكلب باطلٌ ، أي كلب كان . وبه قال الحسن ، وربيعة ، وحماد ، والأوزاعي ، والشافعي ، وداود ، وكرة أبو هريرة ثمن الكلب . ورخص في ثمن كلب الصيد خاصة جابر بن عبد الله ، وعطاء ، والنخعي . وجوز أبو حنيفة بيع الكلاب كلها ، وأخذ ثمنها . وعنه رواية في الكلب العقور . أنه لا يجوز بيعه . واختلف أصحاب مالك . فمنهم من قال : لا يجوز . ومنهم من قال : الكلب المأذون في إمساكه يجوز بيعه ، ويُسْكِرُهُ . واحتج من أجاز بيعه بما روى عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ، والسنور ، إلّا كلب الصيد » ولأنه يباح الانتفاع به . ويصح نقل اليد فيه ، والوصية به . فصح بيعه ، كالحمار .

ولنا : ما روى أبو مسعود الأنصاري « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ، ونهر البقي » ، وحلوان السكاهن « متفق عليه . وعن رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله

عليه وسلم « تَمَنَّ السَّكَلَبِ خَبِيثٌ ، وَمَهْرُ الْبَقَى خَبِيثٌ ، وَكَسْبُ الْحَجَّامِ خَبِيثٌ » متفق عليهما .
وروى عن ابن عباس أنه قال « نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ تَمَنِ السَّكَلَبِ ، فَإِنْ جَاءَ
يَطْلُبُهُ فَأَمْلُوا كَفَّةً تَرَابًا » رواه أبو داود . ولأنه حيوانٌ نَهَى عَنْ اقْتِنَائِهِ فِي غَيْرِ حَالِ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ . أشبه
الخنزير ، أو حيوانٌ تَجَسُّسُ الْعَيْنِ . أشبه الخنزير . فأما حديثهم فقال أحمد : هذا عن الحسن بن
أبي جعفر ، وهو ضعيفٌ ، وقال الدراقطى : الصحيح أنه موقوف على جابر . وقال الترمذى : لا يصح
إسنادُ هذا الحديث . وقد روى عن أبي هريرة ، ولا يصحُّ أيضاً ، ويحتملُ أنه أراد : ولا كَلَبَ صَيْدٍ^(١)
وقد جاءت اللفظةُ بمثل ذلك . قال الشاعر .

وَكَلُّ أَخٍ مُفَارَقُهُ أَخُوهُ لَعَمْرُؤُا بَيْتُكَ إِلَّا الْفَرَقْدَانِ^(٢)

أى والفرقدان . ثمَّ هذا الحديثُ حُجَّةٌ عَلَى مَنْ أَبَاحَ بَيْعَ غَيْرِ كَلَبِ الصَّيْدِ .
٣١١٨ (فصل) ولا يجوزُ إيجارتهُ . نصٌّ عليه أحمد . وهو قول بعض أصحاب الشافعى . وقال
بعضهم : يجوزُ لأنها منفعةٌ مباحة . فجازت المعاوضةُ عنها ، كمنفع الخمر .

ولنا : أنه حيوانٌ محرَّمٌ ببيعُهُ لُحْمِيَّتِهِ . فحرُمَت إيجارتهُ ، كالخنزير . وقياسهم يفتقضُ بِضْرَابَ الْفَحْلِ .
فإنَّها منفعةٌ مباحة . ولا يجوزُ إيجارُها . ولأنَّ إباحةَ الانتفاعِ لم تُبَيِّحْ بَيْعَهُ ، فَكَذَلِكَ إيجارتهُ . ولأنَّ
منفعتَهُ لَا تُضْمَنُ فِي الْفَضْبِ . فَإِنَّهُ لَوْ غَضِبَهُ غَاصِبٌ مُدَّةً لَمْ يَلْزَمْهُ لَذَلِكَ عِوَضٌ . فَلَمْ يَجْزُ اخْتِذُ الْعِوَضِ عَنْهَا
فِي الْإِجَارَةِ كَمَنْعِ الْخَنزِيرِ .

٣١١٩ (فصل) وتصحَّ الوصيةُ بالكلبِ الذى يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ ، لِأَنَّهَا نَقْلٌ لِلْيَدِ فِيهِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ .
وتصحَّ هَبَّتُهُ لذلك . وقال القاضى : لا تصحَّ . لِأَنَّهَا تَمْلِكُ فِي الْحَيَاةِ . أشبهت البيع . والأولُ أصحُّ .
ويفارق البيع . لأنه يُؤْخَذُ عِوَضُهُ ، وهو محرَّم ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين .

« مسألة » قال ﴿ وَمَنْ قَتَلَهُ وَهُوَ مُعَلَّمٌ فَقَدْ أَسَاءَ . وَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ ﴾

أما قتلُ المُعَلَّمِ حُرَامٌ ، وَفَاعِلُهُ مُسِيءٌ ظَالِمٌ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ كَلَبٍ مُبَاحٍ إِسْأَكُهُ ، لِأَنَّهُ يَحِلُّ مَنْتَفَعُهُ بِهِ ،
يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ ، فَحُرْمُ إِتْلَافِهِ ، كَالشَّاةِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَلَا غُرْمَ عَلَى قَاتِلِهِ . وبهذا قال الشافعى .
وقال مالك ، وعطاء : عليه الغُرْمُ ، لما ذكرنا فى تحريمِ إتلافه .

(١) نصى الحديث (إلا كلب الصيد) فكان الأسلوب الصحيح أن يقول المؤلف (وكلب الصيد) ولا داعى
إلى ذكر (لا) لأن الحديث نهى عن كذا وكذا .

(٢) الفرقدان نيمان فى السماء لا يفارق أحدهما صاحبه ما دامت الدنيا موجودة ، وينذهبان معا إذا بدل الله
الأرض غير الأرض والسموات غير السموات .

ولنا : أنه يحل يجرم أخذ عواضه لحبسه . فلم يجب غرضه بإتلافه كما لخزير ، وإنما يجرم إتلافه لما فيه من الإضرار . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الضرر والإضرار .

٣١٢٠ (فصل) فأما قتل ما لا يباح إمساكه ، فإن الكلب الأسود البهيم يباح قتله ، لأنه

شيطان . قال عبد الله بن الصامت : سألت أبا ذر فقلت « ما بال الأسود من نير من الأبيض ؟ » فقال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم كما سألتني ، فقال : الكلب إلا شيطان . رواه مسلم ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لولا أن الكلاب أمة من الآمة يقتلها ، فاقتلوها ونها كل أسود بهيم » ويباح قتل الكلب المعقور . لما روت عائشة رضي الله عنها رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « خمس من الدواب كلها فاسق يقتلن في الحل والحرم : الدابة ، والعداء ، والعقرب ، والفأرة ، والكلاب المعقورة » متفق عليه ، ويقتل كل واحد من هذين وإن كان معلما للخبرين . وعلى قياس الكلب المعقور . كل ما آذى الناس ، وضرم في أنفسهم ، وأموالهم ، يباح قتله . لأنه يؤذى بلا نفع . أشبه الذئب ، وما لا مضره فيه لا يباح قتله ، لما ذكرنا من الخبر . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه أمر بقتل الكلاب حتى إن المرأة تقدم من البادية بكتلبها فتقتله . ثم نهى عن قتلها ، وقال : عليكم بالأسود ذي الطفيتين ^(١) ، فإنه شيطان » رواه مسلم .

٣١٢١ (فصل) ولا يجوز اقتناء الكلب إلا كلب الصيد ، أو كلب ماشية ، أو حرث لما روى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من اتخذ كلبا إلا كلب صيد أو ماشية ، أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط » وعن ابن عمر قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول « من اقتنى كلبا إلا كلب صيد ، أو ماشية فإنه ينقص من أجره كل يوم قيراطان » ، قال سالم : وكان أبو هريرة يقول : أو كلب حرث متفق عليه . وإن اقتناه لحفظ البيوت لم يجز ، للخبر . ويحتمل الإباحة ، وهو قول أصحاب الشافعي . لأنه في معنى الثلاثة . فيقاس عليها . والأول أصح ، لأن قياس غير الثلاثة عليها يبيح ما يقتل الخبز تحرمة . قال القاضي : وليس هو في معناها ، فقد يحتمل اللص لإخراجه بشيء يطعمه إياه ، ثم يسرق المتاع . وأما الذئب فلا يحتمل هذا في حقه . ولأن اقتنائه في البيوت يؤذى المارة ، بخلاف الصحران .

٣١٢٢ (فصل) فأما تربية الجرير الصغير ، لأحد الأمور الثلاثة . فيجوز في أقوى الوجهين .

(١) الطفيتان : ثنية طفية ، وأصلها الخوصة من خوص شجر المقل ، وهو شجر السكندر ، شجر تتجر به اليهود وشجر له صمغ ، ولسكن أريد بهما الخطان الرفيعان في الكلب كالخطين الموجودين في الحية ، وقد ورد في حديث آخر في الحية : اقتلوا ذا الطفيتين ، وهما الخطان في ظهر الحية .

لأنه قصده لذلك . فيأخذ حكمه ، كما يجوز بيع العبد الصغير ، والجحش الصغير الذي لا نفع فيه في الحال ،
لما له إلى الانتفاع .^(١) أنه لو لم يتخذ الصغير مأسكناً جعل الكلب للصيد . إذ لا يصير معلاً إلا بالتعليم :
ولا يمكن تعليمه . بتر يديه . واقتنائه مدة يعلمه فيها ، قال الله تعالى (٥ : ٤) وَمَا عَلَّمْتُم مِّنَ الْجَوَارِحِ
مُكَلِّبِينَ تُعَلِّمُوهُنَّ أَعَلَّمَكُمُ اللَّهُ) ولا يوجد كلب معلّم بغير تعليم :

• الوجه ١ . يجوز . لأنه ليس من الثلاثة .

٣١٢٣ (ومن اقضى كلباً لصيد ، ثم ترك الصيد مدة ، وهو يريد العود إليه لم يحرم
اقتناؤه في مدة . لأن ذلك لا يمكن التحرز منه . وكذلك لو حصده صاحب الزرع زرعه ، أبيع
له إمساك الكلب . أن يزرع زرعاً آخر . ولو هلك ماشيته فأراد شراء غيرها ، فله إمساك كلبها
لينتفع به في التي يشتريها . فأمّا إن اقضى كلب الصيد من لا يصيد به ، احتمل الجواز . لأن النبي صلى
الله عليه وسلم استثنى كلب الصيد طاقماً . واحتمل المنع . لأنه اقتناه لغير حاجة ، أشبهه غيره من
الكلاب ، ومعنى كلب الصيد : أى كلب يصيد به وهكذا الاحتمالات ، لأن فيمن اقضى كلباً ليحفظ
له حرثاً أو ماشية إن حصلت ، أو يصيد به إن احتاج إلى الصيد . وليس له في الحال حرث ، ولا ماشية
يحتمل الجواز ، قصده ذلك ، كما لو حصده الزرع ، وأراد أن يزرع غيره .

٣١٢٤ (فصل) ولا يجوز بيع الخنزير ، ولا الميتة ، ولا الدم . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم
على القول به . وأجمعوا على تحريم الميتة ، والخمر ، وعلى أن بيع الخنزير ، وشرائه ، حرام ، وذلك لما روى
جابر ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بمكة يقول : « إِنْ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ
الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ ، وَالْأَصْنَامِ » متفق عليه . ولا يجوز بيع مالا منفعة فيه ، كالخشرات كلها ،
وسباع البهائم التي لا تصلح للاصطياد . كالأسد ، والذئب ، ومالا يؤكل ، ولا يُصاد به من الطير ،
كالترخم ، والحداقة ، والغراب ، الأبقع ، وغراب البين ، وبيضها ، فكل هذا لا يجوز بيعه . لأنه
لا نفع فيه ، فأخذ منه أكل مال بالباطل .

٣١٢٥ (فصل) ولا يجوز بيع السرجين النجس وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة :
يجوز ، لأن أهل الأمصار يتبايعونه لزروعهم من غير تكبير . فكان إجماعاً .

ولنا : أنه يجمع على نجاسته . فلم يجز بيعه ، كالميتة . وما ذكره فليس بإجماع ، فإن الإجماع اتفاق
أهل العلم ، ولم يوجد ، ولأنه رجع نجس فلم يجز بيعه ، كرجيع آدمي .^(١)

(١) رجع آدمي أصبح للناس فيه منفعة في السهاد وهم يتبايعونه الآن ، كما يتبايعون السرجين ، وهو رجع
البهائم ، وإذا نظرنا إلى قول الحرقي الآن أنه يجوز بيع كل ما فيه منفعة ، وجدنا هذين الرجعيين داخلين في
قوله ، فيجوز بيعهما .

(فصل) ولا يجوز بيع الحر ولا ما ليس بمملوك كالمباحات قبل حيازتها وملسكها . ولا نعلم في ذلك خلافا . فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « قال الله عز وجل : ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصَمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ حُرًّا فَأَأْكَلَ ثَمَنَهُ ، وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُؤَقِّهِ أَجْرَهُ »
وراه البخاري .

٣١٣٦ « مسألة » قال ﴿ وبيعُ الفَهْدِ والصقر المملوك جائز . وكذلك بيعُ الهرِّ ، وكلُّ ما فيه المنفعة ﴾
وجملة ذلك : أن كلَّ مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه ، إلا ما استثناه الشرع من الكلب ، وأمَّ الولد ، والوقف . وفي المدبر ، والمكاتب ، والزيت النجس اختلافٌ نذكره في موضعه ، إن شاء الله تعالى . لأنَّ الملك سببٌ لإطلاق التصرف . والمنفعة المباحة يباح له استيفائها ، فجاز له أخذُ عوضها ، وأبيع لغيره بذلَّ ماله فيها ، توصلًا إليها ، ودفعًا لحاجته بها ، كسائر ما أبيح بيعه ، وسواء في هذا ما كان طاهرًا ، كالثياب ، والعقار ، وبهيمة الأنعام ، والخيول ، والصيود ، أو مختلِفًا في نجاسته ، كالبغل ، والحمار ، وسباع البهائم ، وجوارح الطير التي تصلح للصيد ، كالفهد ، والصقر ، والبازي ، والشاهين ، والعقاب والطير المقصود صوته كالحزاز ، والبلبل ، والبغاء ، وأشباه ذلك . فسكاه يجوز بيعه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر عبد العزيز . وابن أبي موسى : لا يجوز بيعُ الفَهْدِ والصقر ، ونحوهما . لأنَّها نجسة . فلم يجر بيعها كالكلب .

ولنا : أنه حيوان أبيح اقتناؤه ، وفيه نفعٌ مباح من غير وعيد في حبسه ، فأبيع بيعه ، كالبغل . وما ذكرناه يبطل بالبغل ، والحمار . فإنه لا خلاف في إباحة بيعهما وحكمهما حكمُ سباع البهائم في الطهارة والنجاسة ، وإباحة الاقتناء ، والانتفاع . وأمَّا الكلبُ فإنَّ الشرع توعَّد على اقتنائه ، وحرَّمه إلَّا في حال الحاجة ، فصارت إباحته ثابتة بطريق الضرورة ، بخلاف غيره ، ولأنَّ الأصلَ الإباحة ، بدليل قول الله تعالى (٢ : ٢٧٥) وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ولما ذكرنا من المعنى ، خرج منه ما استثناه الشرع لِمَا نرى غير موجوده في هذا . فبقى على أصل الإباحة . وأما الهرُّ . فقال الخُزَرمي : يجوزُ بيعُها وبه قال ابن عباس ، والحسن ، وابن سيرين ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وعن أحمد : أنه كره ثمنها ، وروى ذلك عن أبي هريرة ، وطاوس ، ومجاهد ، وجابر بن زيد . واختاره أبو بكر . لما روى مسلم ، عن جابر « أَنَّهُ سُئِلَ عَنْ تَمَنِ السَّنُورِ قَالَ : زَجَرَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ ذَلِكَ » وفي لفظٍ رواه أبو داود عن جابر « أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عَنْ تَمَنِ السَّنُورِ » قال الترمذي : هذا حديث حسن . وفي إسناده اضطراب .

ولنا : ما ذكرناه فيما يصاد به من السباع ، ويحمل الحديث على غير المملوك منها ، أو ما لا نفع فيه منها . بدليل ما ذكرناه ، ولأنَّ البيعَ شُرِعَ طريقًا للتوصل إلى قضاء الحاجة ، واستيفاء المنفعة المباحة ، ايصل (٢٥٠ م - الخلفي سراج)

كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه ، مما يُباح الانتفاع به ، فينبغي أن يُشَرع ذلك فيه ، لِصِل كل واحد إلى الانتفاع بما في يد صاحبه ، فإباح الانتفاع به ينبغى أن يجوز بيعه .

٣١٢٧ (فصل) فإن كان الفهد ، والصقر ، ونحوهما مما ليس بمعلم ، ولا يقبل التعليم ، لم يجوز بيعه . لعدم النفع به . وإن كان مما يمكن تعليمه جاز بيعه . لأن مآله إلى الانتفاع ، فأشبهه الجحش الصغير .

٣١٢٨ (فصل) فأما ما يُصاد عليه ، كالبومة التي يجعلها شباشا لتجمع الطير إليها ، فيصيده الصياد ، فيحتل جواز بيعها ، للنفع الحاصل منها ، ويحتمل المنع . لأن ذلك مكروه ، لما فيه من تعذيب الحيوان . وكذلك الملقق^(١) ونحوه .

٣١٢٩ (فصل) فأما بيض ما لا يؤكل لحمه من الطير . فإن كان مما لا نفع فيه لم يجوز بيعه ، طاهراً كان ، أو نجساً . وإن كان ينتفع به ، بأن يصير فرخاً ، وكان طاهراً جاز بيعه . لأنه طاهر مُنتفع به . أشبه أصله ، وإن كان نجساً ، كبيض البازي ، والصقر ، ونحوه ، فحكمه حكم فرخه . وقال القاضي : لا يجوز بيعه . لأنه نجس ، لا يُنتفع به في الحال . وهذا ملغى بفرخه ، وبالجحش الصغير .

٣١٣٠ (فصل) قال أحمد : أكره بيع القرد ، قال ابن عقيل : هذا محمول على بيعه للاطافة به ، واللعب . فأما بيعه لمن ينتفع به ، كحفظ المتاع ، والدكان ، ونحوه فيجوز . لأنه كالصقر والبازي . وهذا مذهب الشافعي . وقياس قول أبي بكر ، وابن أبي موسى : المنع من بيعه مطلقاً .

٣١٣١ (فصل) وفي بيع الملقق^(٢) التي ينتفع بها مثل التي تعلق على وجه صاحب الكلف ، فتمص الدم . والديدان التي تُترك في الشص ، فيصاذبها السمك ، وجهان : أصحهما : جواز بيعها ، لحصول نفعها ، فهي كالسمك .

والثاني : لا يجوز . لأنها لا يُنتفع بها إلا نادراً ، فأشبهت ما لا نفع فيه .

٣١٣٢ (فصل) ويجوز بيع دود القز ، وبزره ، وقال أبو حنيفة في رواية عنه : إن كان مع دود القز قز جاز بيعه ، وإلا فلا . لأنه لا يُنتفع بعينه . فهو كالحشرات ، وقيل : لا يجوز بيع بزره . ولنا : أن الدود حيوان طاهر ، يجوز اقتناؤه ، لملك ما يخرج منه . أشبه البهائم ، ولأن الدود وبزره

(١) في الطبعة الثالثة لهذا الكتاب ، وهي المطبوعة في دار السنة المحمدية (الملقق) بدون لام ثانية ، وهو خطأ لم ينب عليه في الخطأ والصواب ، واللقق طائر في صوته اضطراب ، ويقال له اللقلاق ، وقال إن اللقلاق أفصح من اللقاق .

(٢) العلق : دود صغير .

طاهر، منتفع به، فجاز بيعه، كالثوب، وقوله: لا يذتفع بيعه. يبطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع سوى النتاج، ويُفارق الحشرات التي لا نفع فيه أصلاً، فإن نفع هذه كثير، لأن الحرير الذي هو أشرف ملابس الدنيا، إنما يحصل منها.

٣١٣٣ (فصل) ويجوز بيع النحل إذا شاهدها محبوسة بحيث لا يمكنها أن تمتنع، وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيعها منفردة. لما ذكر في دود القز.

ولنا: أنه حيوان طاهر يخرج من بطونها شراب فيه منافع للناس، فجاز بيعه كبهيمة الأنعام. واختلف أصحابنا في بيعها في كواراتها. فقال القاضي: لا يجوز. لأنه لا يمكن مشاهدة جميعها. ولأنها لا تخلو من عسل يكون مبيعها معها، وهو مجهول. وقال أبو الخطاب: يجوز بيعها في كواراتها، ومنفردة عنها، فإنه يمكن مشاهدتها في كواراتها إذا فُتح رأسها، ويعرف كثرتة من قلته، وخفاء بعضه لا يمنع صحة بيعه، كالضبيرة، وكما لو كان في وعاء، فإن بعضه يكون على بعض. فلا يشاهد إلا ظاهره. والعسل يدخل في البيع تبعاً. فلا يضر جهالته، كأساسات الحيطان. فإن لم يمكن مشاهدة النحل لكونه مستوراً بأقراصه، ولم يعرف لم يجز بيعه لجهالته.

٣١٣٤ (فصل) ذكر الخرق: أن الترياق لا يؤكل، لأنه يقع فيه لحوم الحيات. فعلى هذا لا يجوز بيعه. لأن نفعه إنما يحصل بالأكل، وهو محرم، بخلاف نفع مباح. فلم يجز بيعه، كالميتة، ولا يجوز التداوى به، ولا بسم الأفاعي^(١)، فأما السم من الحشائش، والنبات، فإن كان لا ينتفع به، أو كان يقتل قليله لم يجز^(٢) بيعه، لعدم نفعه، وإن انتفع به، وأمكن التداوى بيسيره، كالسقمونيا جاز بيعه. لأنه طاهر^(٣) منتفع به، أشبه ببقية المأكولات.

٣١٣٥ (فصل) ولا يجوز بيع جلد الميتة قبل الدبغ، قولاً واحداً. قاله ابن أبي موسى، وفي بيعه بعد الدبغ عنه خلاف، وقد روى حرب عن أحمد أنه قال «إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب» وأما غير ذلك نحو ريش الطير التي لها مخالب، أو بعض جلود السباع التي لها أنياب،

(١) السم ليس نجساً، ولحم الأفاعي أجاز الإمام مالك أكله وما كان نافعاً للإنسان جاز استعماله سواء كان بأكل أو بغيره ولا سيما إذا تعين للدواء.

(٢) كل سم سواء كان يقتل قليله أو كثيره إذا كان فيه نفع للإنسان كقتل ديدان البطن من البلهارسيا والإنكستوما وغيرها يجوز بيعه، وكذلك إذا كان نافعاً لقتل الحشرات الضارة كالفيران والصراصير وغيرها.

(٣) لا يشترط لجواز بيعه أن يكون طاهراً بل إذا كان نجساً وفيه نفع للإنسان بقتل الحشرات الضارة كما

سبق يجوز بيعه.

فإنَّ بيعَها مُنْبَلٌ . لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم لَمَّا نَهَى عَنْ أَكْلِ لَحْمِهَا . والصَّحِيحُ عَنْهُ : أَنَّهُ لَا يَجُوزُ . وهذا يَنْبَغِي عَلَى الْحَكْمِ بِنَجَاسَةِ جُلُودِ الْمَيْتَةِ . وَأَنَّهَا لَا تَطْهَرُ بِالْذَّبَاحِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِي بَابِهِ .

٣١٣٦ (فصل) فَأَمَّا بَيْعُ لَبَنِ الْأَدْمِيَّاتِ ، فَقَالَ أَحَدُ : أَكْرَهُهُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي جَوَازِهِ . وَظَاهَرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ جَوَازَهُ لِقَوْلِهِ : وَكُلَّ مَا فِيهِ الْمَنْفَعَةُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَذَهَبَ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا إِلَى تَحْرِيمِ بَيْعِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، لِأَنَّهُ مَائِعٌ ، خَارِجٌ مِنْ أَدْمِيَّةٍ . فَلَمْ يُجْزَ بَيْعُهُ ، كَالْعَرَقِ . وَلِأَنَّهُ مِنْ أَدْمِيٍّ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ أَجْزَائِهِ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . لِأَنَّهُ لَبَنٌ طَاهِرٌ مُنْتَفِعٌ بِهِ ، لِحَازِ بَيْعِهِ ، كَلَبَنِ الشَّاةِ ، وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ أَخْذُ الْعِوَضِ عَنْهُ فِي إِجَارَةِ الظَّنِّ . فَأَشْبَهَ الْمَنَافِعَ . وَيُفَارِقُ الْعَرَقَ . فَإِنَّهُ لَا نَفْعَ فِيهِ . وَلِذَلِكَ لَا يُبَاعُ عَرَقُ الشَّاةِ ، وَيُبَاعُ لَبْنُهَا ، وَسَائِرُ أَجْزَاءِ الْأَدْمِيِّ يَجُوزُ بَيْعُهَا . فَإِنَّهُ يَجُوزُ بَيْعُ الْعَبْدِ ، وَالْأَمَةِ ، وَلِإِنَّمَا حُرِّمَ بَيْعُ الْحَرِّ لِأَنَّهُ لَا يَسْبِقُ بِمَمْلُوكٍ ، وَحُرِّمَ بَيْعُ الْمُضْوَ الْمُقْطُوعِ ، لِأَنَّهُ لَا نَفْعَ فِيهِ .

٣١٣٧ (فصل) وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِي بَيْعِ رِبَاعٍ مَكَّةَ ، وَإِجَارَةِ دُورِهَا . فَرَوَى أَنَّ ذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَكَرِهَهُ إِسْحَاقُ . لَمَّا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي مَكَّةَ « لَا تُبَاعُ رِبَاعُهَا ، وَلَا تُسَكَّرُ بُيُوتُهَا » رَوَاهُ الْأَثَرَمُ بِإِسْنَادِهِ . وَعَنْ مُجَاهِدٍ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ قَالَ « مَكَّةُ حَرَامٌ بِبَيْعِ رِبَاعِهَا ، حَرَامٌ لِإِجَارَتِهَا » وَهَذَا نَعْيٌ ، رَوَاهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ فِي سُنَنِهِ . وَرَوَى « أَنَّهَا كَانَتْ تُدْعَى السَّوَائِبَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ » ذَكَرَهُ مُسَدَّدٌ فِي مُسْنَدِهِ ، وَلِأَنَّهُا فُتِحَتْ عَنُودٌ ، وَلَمْ تُقَسَّمْ . فَكَانَتْ مَوْقُوفَةً . فَلَسِمَ يُجْزَى بِبَيْعِهَا ، كَسَائِرِ الْأَرْضِ الَّتِي فَتَحَهَا الْمُسْلِمُونَ عَنُودٌ ، وَلَمْ يُقَسَّمُوهَا ، وَالِدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهَا فُتِحَتْ عَنُودٌ : قَوْلُ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « إِنَّ اللَّهَ حَبَسَ عَنْ مَكَّةَ الْفِيلَ ، وَسَاطَ عَلَيْهِمَا رَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنِينَ ، وَلِإِنَّهَا لَمْ تَحِلَّ لِأَحَدٍ قَبْلِي وَلَا تَحِلُّ لِأَحَدٍ بَعْدِي ، وَإِنَّمَا أُحِلَّتْ لِي سَاعَةً مِنْ نَهَارٍ » مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَرَوَتْ أُمُّ هَانِيَةَ قَالَتْ « أُجِرْتُ حَوْبِنِ لِي ^(١) . فَأَرَادَ عَلِيٌّ أَخِي قَتْلَهُمَا ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أُجِرْتُ حَوْبِنِ لِي ، فَرَزَعَمَ ابْنُ أَبِي عَلِيٍّ أَنَّهُ قَاتِلُهُمَا . فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : نَدَّ أَجْرُنَا مَنْ أُجِرْتُ ، أَوْ أَمْنًا مِنْ أَمْنَتِ ، يَا أُمَّ هَانِيَةَ » ، مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَلِذَلِكَ أَمَرَ النَّبِيُّ

(١) حوالبه : أبو زوجها ، وأمه وأقاربه .

صلى الله عليه وسلم يقتل أربعة ، فقتل منهم ابن خَطْلٍ ، ومقيس بن صُبَّانَةَ ، وهذا يدل على أنها فُتِحَتْ عَنَوَةٌ .

والرواية الثانية : أنه يجوز بيع رباعها ، وإجارة بُيوتها ، ورؤى ذلك عن طاوس ، وعمر بن دينار . وهذا قول الشافعي وابن المنذر ، وهو أظهر في الحقيقة . لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما قيل له « أين تنزل غدا ؟ » قال : « وهل ترك لنا عقيل من رباع ؟ » متفق عليه . بمعنى أن عقيلاً باع رباع أبي طالب ، لأنه ورثته دون إخوته ، لكونه كان على دينه ، ودونها ، ولو كانت غير مملوكة لما أثير بيع عقيل شيئاً ، ولأن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كانت لهم دور بمكة ، لأبي بكر ، والذبير ، وحكيم بن حزام ، وأبي سفيان ، وسائر أهل مكة ، فمنهم من باع ، ومنهم من ترك داره ، فهي في يد أعقابهم ، وقد باع حكيم ابن حزام دار الندوة . فقال ابن الزبير « بنت مكرمة قریش ، فقال : يا ابن أخي ، ذهبت المكارم إلا القنوى » أو كما قال : واشترى معاوية دارين ، واشترى عمر دار السجن من صفوان بن أمية بأربعة آلاف ، ولم يزل أهل مكة يتصرفون في دورهم تعرف الملاك بالبيع : وغيره ، ولم ينكره منكر ، فكان إجماعاً ، وقد قرره النبي صلى الله عليه وسلم بنسبة دورهم إليهم ، فقال « من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ، ومن أغلق عليه بابه فهو آمن » وأقرهم في دورهم ، ورباعهم ، ولم ينقل أحد عن داره ، ولا وجد منه ما يدل على زوال أملاكهم . وكذلك ممن بعده من الخلفاء ، حتى أن عمر رضي الله عنه مع شدته في الحق لما احتاج إلى دار السجن لم يأخذها إلا بالبيع ، ولأنها أرض حية لم يرد عليها صدقة محرمة . فجاز بيعها ، كسائر الأرض ، وما روى من الأحاديث في خلاف هذا فهو ضعيف ، وأما كونها فُتِحَتْ عَنَوَةٌ فهو الصحيح الذي لا يمكن دفعه ، إلا أن النبي صلى الله عليه وسلم أقر أهلها فيها على أملاكهم ، ورباعهم ، فيدل ذلك على أنه تركها لهم ، كما ترك ليهوازن نساءهم ، وأبناءهم .

وعلى القول الأول . من كان ساكن دار ، أو منزل فهو أحق به ، يسكنه ، ويسكنه ، وليس له بيعه ، ولا أخذ أجرته ، ومن احتاج إلى مسكن فله بذل الأجرة فيه ، وإن احتاج إلى الشراء فله ذلك ، كما فعل عمر رضي الله عنه ، وكان أبو عبد الله إذا سكن أعطاهم أجرتها ، فإن سكن بأجرة فأمسكنه أن لا يدفع إليهم الأجرة جاز له ذلك ، لأنهم لا يستحقونها ، وقد روى أن سفيان سكن في بعض رباع مكة وهرب ، ولم يعطهم أجرة ، فأدركوه ، فأخذوها منه ، وذكر لأحد فعل سفيان فتبسم ، فظاهر هذا : أنه أعجبه . قال ابن عقيل . والخلاف في غير مواضع الناسك . أما بقاع الناسك ، كموضع السمي ، والرمي . فحكمه حكم المساجد بغير خلاف .

٣١٣٨ (فصل) ومن بنى بناء بمكة بآلة مجلوبة من غير أرض مكة ، جاز بيعها ، كما يجوز بيع

أبنية الوقوف ، وأنقاضها ، وإن كانت من ترابِ الحرم وحِجَارَتِه انبنى جوازُ بيعها على الروایتين في بيع رباع مكّة ، لأنّها تابعة لمكّة ، وهكذا ترابُ كلِّ وقفٍ ، وأنقاضه . قال أحمدُ : وأمّا البناء بمكّة فإنّي أكرهه ، قال إسحاق : البناء بمكّة على وجه الاستخلاص لنفسه ، لا يحلّ . وقد روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم : قيل له : ألا تَدِينِي لَكَ بِمَنَى بَيْتِنَا ؟ فَقَالَ : مَنَى مَنَاحٍ لِمَن سَبَقَ » .

٣١٣٩ (فصل) قال أحمدُ : لا أعلم في بيع المصاحف رخصةً . ورخص في شرائها وقال : الشراء . أهونُ . وكره بيعها ابنُ عمر ، وابنُ عباس ، وأبو موسى ، وسعيدُ بن جُبَيْرٍ ، وإسحاق . وقال ابن عمر « وَدِدْتُ أَنَّ الْأَيْدِيَ تُنْقَطُ فِي بَيْعِهَا » وقال أبو^(١) الخطاب : يجوزُ بيعُ المصحف مع الكراهة . وهل يُكره شراؤه ، وإبداله ؟ على روايتين ، ورخص في بيعها الحسنُ ، والحكم ، وعكرمة ، والشافعي ، وأصحابُ الرأي . لأن البيع يقعُ على الجلد ، والورق ، وبيعُ ذلك مُباحٌ .

ولنا : قول الصحابة رضي الله عنهم . ولم نعلم لهم مخالفاً في عصرهم ، ولأنّه يشتملُ على كلام الله تعالى ، فتَجِبُ صِيَانَتُهُ عن البيع ، والابتذال^(٢) ، وأما الشراء فهو أَسْهَلُ . لأنه استنقاذُ المصحف ، وبذلُ المالِ فيه . فجاز ، كما أجاز شراء رباع مكّة ، واستنجار دورها من لا يرى بيعها ، ولا أخذَ أجرَتها . وكذلك أرضُ السواد ، ونحوها وكذلك دفعُ الأجرة إلى الحجام ، لا يُكرهه مع كراهة كَتْبِهِ . وإن اشترى الكافرُ مُصحفاً فالبيعُ باطلٌ . وبه قال الشافعي . وأجازه أصحابُ الرأي . وقالوا : يُجْزَى عَلَى بَيْعِهِ . لأنه أهلٌ للشراء ، والمصحف محلٌّ له .

ولنا : أنه يُمنع من استدامة الملك عليه . فَمُنْعٌ من ابتدائه ، كسائر ما يحرم بيعه ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المُسَافَرَةِ بِالْقُرْآنِ إِلَى أَرْضِ الْعَدُوِّ ، مخافة أن تناله أيديهم ، فلا يجوزُ تَمَكِّيْنَهُم من التوصل إلى تَمِيلِ أيديهم إِيَّاهُ^(٣) .

(١) في الطبعة الثالثة التي علقنا عليها (قال أبا الخطاب) وهو خطأ نحوي لم ينبه عليه في الخطأ والصواب .
(٢) إن بيع المصحف داخل في قول الخرق : وكل ما فيه منفعة ، وفي المصحف أعظم منفعة ، فيتعلم الصبيان القرآن فيه ويتلو فيه الكبار أيضاً ويحفظون ، ويراجع فيه العلماء الآيات ، ويستخرجون منها الأحكام ، ويفسرونها ، ولا شك أن المصحف يتكلف نفقات كثيرة في طبعه وتجليده وغير ذلك فكيف يمنع بيعه ؟ ! وليس في بيع المصحف ابتذال له ، كما أنه ليس في بيع كتب العلم ابتذال لها .

(٣) سبق أن علقنا على هذا الموضع في مس المصحف وحمله في كتاب الطهارة ، بأنه يجب تقييد عدم السفر بالمصحف إلى بلاد العدو بما إذا لم تكن هناك معاهدات بين المسلمين وبين الأعداء بالمحافظة على ممتلكاتهم ومقتبذاتهم ، أما إذا كانت هناك معاهدات فيحل كما هو حادث الآن ، وقد أصبحت الضرورة قاضية بوجود المصاحف مع المسلمين في بلاد الأعداء .

٣١٤٠ (فصل) ولا يصحّ شراء الكافر مسلماً . وهذا قول مالك ، في إحدى الروايتين عنه ، والشافعيّ في أحد القولين ، وقال أبو حنيفة : يصحّ ، ويُجْزَى على إزالته مِلْكِهِ . لأنّه يملكُ المسلم بالإرث . ويبقى مِلْكُهُ عليه إذا أسلم في يده . فصَحَّ شراؤه له كالمسلم .

ولنا : أنه يُمنَعُ استدامةُ مِلْكِهِ عليه . فَمَنْ ابتدأه ، كالتسكاح ، ولأنّه عقد يُثَبِّتُ المِلْكَ على المسلم للكافر . فلم يصحّ ، كالتسكاح ، والمِلْكُ بالإرث ، والاستدامة أقوى من ابتداء المِلْكِ بالفعل ، والاختيار . بدليل ثبوتيهما للمُحْرَمِ في الصيد ، مع منعه من ابتدائه . فلا يلزمُ من ثبوت الأقوى ثبوتُ ما دونه ، مع أنّنا نَقْطَعُ الاستدامة عليه ، بمنعه منها ، وإجباره على إزالتها .

٣١٤١ (فصل) ولو وَكَّلَ كافرٌ مسلماً في شراء مسلم لم يصحّ الشراء ، لأنّ المِلْكَ يقع للموكل . ولأنّ الموكل ليس بأهلٍ لشرائه . فلم يصحّ أن يشتري له ، كما لو وَكَّلَ مسلمٌ ذمّياً في شراء خمر ، وإن وَكَّلَ المسلمُ كافرًا يشتري له مسلماً ، فاشتراه ، ففيه وجهان :

أحدهما : يصحّ . لأنّ المنع منه إنّما كان لما فيه من ثبوت ملك الكافر على المسلم . والمِلْكُ يَثْبُتُ للمسلم ههنا . فلم يتحقّق المانع .

والثاني : لا يصحّ . لأنّ ما مُنِعَ من شرائه مُنَعُ التوكيلُ فيه ، كالمُحْرَمِ في شراء الصيد ، والكافر في تسكاح المسلمة ، والمسلم لا يجوز أن يكون وكيلاً لذمّيّ في شراء خمر .

٣١٤٢ (فصل) وإن اشترى الكافر مسلماً يعتقدُ عليه بالقرابة ، كأبيه ، وأخيه ، صحّ الشراء ، وعُتِقَ عليه في قول بعض أصحابنا . وحكى فيه أبو الخطاب روايتين :

أحدهما : لا يصحّ . وهو قول بعض الأصحاب . لأنّه شراء يُملَكُ به المسلم . فلم يصحّ ، كالذي لا يعتقُ عليه . ولأنّ ما مُنِعَ من شرائه لم يُبَحَّ له شراؤه ، وإن زال مِلْكُهُ عقيب الشراء ، كشراء المُحْرَمِ الصيد .

والثانية : يصحّ شراؤه . لأنّ المنع إنّما ثبت لما فيه من إهانته المسلم بملك الكافر له . والمِلْكُ ههنا يزولُ عقيب الشراء بالسكّية . ويحصلُ من نفع الحرية أضعافُ ما حصل من الإهانة بالملك في لحظّة يسيرة . ويُفَارِقُ من لا يعتقُ عليه . فإنّ مِلْكَهُ لا يزولُ إلا بإزالته ، وكذلك شراء المُحْرَمِ للصيد . فإنّه لو مَلَكَهُ لثَبَتَ مِلْكُهُ عليه ، ولم يزُل . ولو قال كافرٌ لمسلم : أعتقْ عبدك عتّى وعلى ثمنه ، ففعل ، صحّ . لأنّ إعاقته ليس بتمليك . وإنّما هو إبطالُ للرقّ فيه . وإنّما حصل الملك فيه حكماً ، تجاز ، كما يملكه بالإرث حكماً . ولأنّ ما يحصلُ له بالحرية من النفع يذهبُ فيه ما يحصلُ من الضرر بالملك ، فيصيرُ كالمعدوم . وفيه وجه آخر : أنه لا يصحّ بقاء على شراء قريبه المسلم .

٣١٤٣ (فصل) ولو أجز مسلم نفسه لذي عمل في ذمته صحح . لأن علياً رضي الله عنه أجز نفسه من يهودي يستقي له كل دلو بتمريرة . وأتى بذلك النبي صلى الله عليه وسلم ، فأكمله . وفعل ذلك رجل من الأنصار ، وأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فلم ينكره . ولأنه لا صغار عليه في ذلك . وإن استأجره في مدة ، كيوم ، أو شهر ، ففيه وجهان :
أحدهما : لا يصح . لأن فيه استيلاء عليه ، وصغاراً . أشبه الشراء .

والثاني : يصح . وهو أولى . لأن ذلك عمل في مقابلة عوض . أشبه العمل في ذمته . ولا يشبه الملك . لأن الملك يقتضي سلطاناً ، واستدامةً ، وتصرفاً ، بأنواع التصرفات في رقبته ، بخلاف الإجارة .

٣١٤٤ (فصل) ولا يجوز أن يفرق في البيع بين كل ذي رحم محرم . وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يحرم التفريق إلا بين الأم وولدها . لأن النبي صلى الله عليه وسلم ، قال « من فرق بين الوالدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة » رواه الترمذي وقال : حديث حسن . وقال « لا توله والدة عن ولدها » نخصها بذلك . فدل على الإباحة فيما سواه . وقال الشافعي : يحرم بين الوالدين ، والمولودين وإن سفلوا ، ولا يحرم بين من عدام ، لأن القرابة التي بينهم لا تمنع الفصاح ، ولا شهادة بعضهم لبعض ، فلم يمنع التفريق في البيع ، كابني العم .

ولنا : ما روى أحمد في المسند : حدثنا غندر ، حدثنا سعيد بن أبي عروبة ، عن الحكم ، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى ، عن علي رضي الله عنه قال « أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين ، فبعتهم ففرقت بينهما . فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : أذكرهما . فأرتجفهما . ولا تبعهما إلا جميعاً » وروى عن أبي موسى : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لعن الله من فرق بين الوالدة وولدها ، والأخ وأخيه » ولأن بينهما رَحماً محرماً ، فلم يجز التفريق بينهما ، كالولد مع أمه . ويفارق ابني العم . فإنه ليس بينهما رحم محرّم .

٣١٤٥ (فصل) فإن فرق بينهما قبل البلوغ فالبيع باطل . وبه قال الشافعي فيما دون السبع ، وقال أبو حنيفة : البيع صحيح . لأن النهي لمعنى في غير البيع ، وهو الضرر اللاحق بالتفريق . فلم يمنع صحة البيع ، كالبيع في وقت النداء .

ولنا : حديث علي ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم أمره بردها . ولولزم البيع لما أمكن ردها ، وروى أبو داود في سننه « أن علياً فرق بين الأم وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم فرد المبيع » ولأنه بيع محرّم لمعنى فيه ، ففسد ، كبيع الخمر . ولا يصح ما قاله ، فإن ضرر التفريق حاصل بالبيع .

فكان لمعنى فيه . فأما تحديده بالسمع فإن عموم اللفظ يمنع ذلك ، ولا يجوز^(١) تخصيصه بغير دليل ، وإن كان فرق بينهما بعد البلوغ جاز ، وقال أبو الخطاب : فيه روايتان : إحداهما : لا يجوز لعموم النعى . والثانية : يجوز وهى الصحيحة . لما روى أن سلمة بن الأكوع « أتى أبا بكرٍ بامرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها . فاستوهبها النبي صلى الله عليه وسلم فوهبها له » « وأهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم مارية وأختها سيرين » ، فأعطى النبي صلى الله عليه وسلم سيرين وإحسان بن ثابت ، وترك مارية له « ولأنه بعد البلوغ يصير مستقلاً بنفسه . والعادة التفريق بين الأحرار . فإن المرأة تزوج ابنتها ، ويُفترق بين الحرّة وولدها ، إذا افترق الأبوان .

٣١٤٦ (فصل) وإذا اشترى ممن فى ماله حرامّ وحلال ، كالسلطان الظالم ، والمرابى ، فإن علم أن المبيع من حلال ماله ، فهو حلال ، وإن علم أنه حرامّ فهو حرامّ ، ولا يقبل قول المشتري عليه فى الحكم . لأن الظاهر أن ما فى يد الإنسان ملكه ، فإن لم يعلم من أيهما هو ، كرهناه ، لاحتمال التحريم فيه ، ولم يبطل البيع . لإمكان الحلال ، قلّ الحرامّ أو كثر . وهذا هو الشبهة . وبقدرة قلة الحرامّ وكثرتة تكون كثرة الشبهة ، وقتها ، قال أحمد : لا يمجّبون أن يأكل منه . لما روى النعمان بن بشير : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشبهات لا يعلمها كثير من الناس . فمن التقى الشبهات استعبراً لدينه ، وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات ، وقع فى الحرام ، كإتباعي حول الحى بوشك أن يرتع فيه ، ألا وإن لكلّ ملك حى ، وسمى الله تحريمه » متفق عليه . وهذا لفظ رواية مسلم وفى لفظ رواه البخارى « فمن ترك ما اشكبه عليه كان لما استبان أترك ، ومن اجتراً على ما بشك فيه من المأثم أو شك أن يواقع ما استبان » وروى الحسن بن على ، عن النبي صلى الله عليه وسلم : أنه قال « دغ ما يربيك إلى ما لا يربك » وهذا مذهب الشافعى .

٣١٤٧ (فصل) والمشكوك فيه على ثلاثة أضرب .

الأول : ما أصله الخطر ، كالذبيحة فى بلد فيها مجوس ، وعبدّة أو ثمان يذبحون ، فلا يجوز شراؤها ، وإن أمكن أن يكون ذابحها مسلماً ، لأن الأصل التحريم ، فلا يزول إلا بيقين ، أو ظاهر ، وكذلك إن كان فيها أخلاط من المسلمين ، والجوس ، لم يجز شراؤها لذلك . والأصل فيه : حديث عدى بن حاتم : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا أرسلت كلبك فخالط أكلباً^(٢) »

(١) لفظ (لا) ساقط من الطبعة الثالثة التى علقنا عليها ، ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب .

(٢) أ كلب : جمع كلب ، ومعنى لم يسم عليها ، لم يذكر اسم الله عند إطلاقها للصيد ، وفى الطبعة الثالثة (غلط كلبها) بدون الهمزة ، ولم ينبه عليها فى الخطأ والصواب .

لَمْ يُسَمَّ عَلَيْهِمَا ، فَلَا تَأْكُلْ . فَإِنَّكَ لَا تَذَرِي أَيُّهَا قَتَلَهُ « متفق عليه ، فأما إن كان ذلك في بلد الإسلام ، فالظاهر إباحتها . لأن المسلمين لَا يُتَرَوْنَ في بلدهم بيع ما لَا يَحِلُّ ببيع ظاهره .

والثاني : ما أصله الإباحة ، كالماء يَجِدُهُ مُتَغَيَّرًا لَا يَمَسُّهُ أَوْ يَجَسُّهُ تَغْيِيرٌ ، أم بغيرها ؟ فهو طاهر في الحكم . لأن الأصل الطهارة . فلا نزول عنها إِلَّا بيقين ، أو ظاهر . ولم يُوجد واحدٌ منهما . والأصل في ذلك حديثُ عبد الله بن زيد ، قال « سُكِّيَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : الرَّجُلُ يُحْيِلُ لِنَفْسِهِ فِي الصَّلَاةِ أَنَّهُ يَجِدُ الشَّيْءَ ، قَالَ : لَا يَنْصَرِفُ حَتَّى يَسْمَعَ صَوْتًا أَوْ يَجِدَ رِيحًا » متفق عليه .

والثالث : ما لَا يُعرف له أصلٌ ، كرجل في ماله حلالٌ وحرامٌ ، فهذا هو الشبهة التي الأولى تركها ، على ما ذكرنا . وعملًا بما رَوَى عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « أَنَّهُ وَجَدَ تَمْرَةً سَاقِطَةً ، فَقَالَ : لَوْ لَا أَنِّي أَخْشَى أَنَّهُمَا مِنَ الصَّدَقَةِ لَا أَكَلْتُمَا » وهو من باب الورع .

٣١٤٨ (فصل) وكان أحمد رحمه الله لا يقبل جوائز السلطان ، وينكر على ولده ، وعمه قَبُولَهَا ويشدد في ذلك ، ومن كان لا يقبلها . سعيد بن المسيب ، والقاسم ، ويشتر بن سعيد ، ومحمد بن واسع ، والثوري ، وابن المبارك ، وكان هذا منهم على سبيل الورع ، والتوقُّف لا على أنها حرام ، فإن أحمد قال : جوائز السلطان أحبُّ إلى من الصدقة . وقال : ليس أحدٌ من المسلمين ، إِلَّا وله في هذه الدراهم نصيبٌ ، فكيف أقول : إنها سُحَّتْ ؟ ومن كان يقبل جوائزهم ابن عمر ، وابن عباس ، وعائشة ، وغيرهم من الصحابة ، مثل الحسن ، والحسين ، وعبد الله بن جعفر ، ورخص فيه الحسن البصري ، ومكحول ، والزهري ، والشافعي . واحتجَّ بمخبرهم بأن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا ، وَمَاتَ ، وَدَرَعُهُ مَرَّةً هَوْنَةً عِنْدَهُ ، وَأَجَابَ يَهُودِيًّا دَعَاةً ، وَأَكَلَ مِنْ طَعَامِهِ » وقد أخبر الله تعالى أنهم أَكَالُونِ لِلْسُّحْتِ ، ورَوَى عن علي رضي الله عنه أنه قال : « لَا بَأْسَ بِجَوَائِزِ السُّلْطَانِ فَإِنَّ مَا يُعْطِيكُمْ مِنَ الْحَلَالِ أَكْثَرُ مِمَّا يُعْطِيكُمْ مِنَ الْحَرَامِ » وقال « لَا تَسْأَلِ السُّلْطَانَ شَيْئًا ، وَإِنْ أُعْطِيَ فُخِذْ ، فَإِنَّ مَا فِي بَيْتِ الْمَالِ مِنَ الْحَلَالِ أَكْثَرُ مِمَّا فِيهِ مِنَ الْحَرَامِ » . قال أحمد رحمه الله فيمن معه ثلاثة دراهم فيها درهم حرامٌ : يقصد بالثلاثة ، وإن كان معه مائتا درهم فيها عشرة حرامٌ يقصد بالعشرة . لأن هذا كثيرٌ ، وذلك قليلٌ . فقليل له : قال سُفْيَانُ : ما كان دون العشرة يقصد به ، وما كان أكثر يخرج . قال : نعم ، لَا يُجْحَفُ بِهِ ، قال القاضي : وليس هذا على سبيل التحديد ، وإلَّا ما هو على طريق الاختيار . لأنه كلما كثُرَ الحلالُ بعد تناول الحرام ، وشقَّ التورُّعُ عن الجميع ، بخلاف القليل ، فإنه يسهل إخراج الكلِّ ، والواجب في الموضعين إخراج قدر الحرام ، والباقي مُباحٌ له . وهذا لأن تحريمه لم يكن لتحريم عينه . وإلَّا ما حرَّم لتعلق حق غيره به ، فإذا أخرج عَوْضَهُ ، زال التحريم عنه ، كما

لو كان صاحبه حاضراً ، فرضي بموضه ، وسواء كان قليلاً ، أو كثيراً ، والورع إخراج ما يتيقن به إخراج عين الحرام ، ولا يحصل ذلك إلا بإخراج الجميع ، لكن لما شق ذلك في الكثير ترك لأجل المشقة فيه ، واقتصر على الواجب ، ثم يختلف هذا باختلاف الناس ، فمنهم من لا يكون له إلا الدراهم البسيطة فيشق إخراجها لحاجته إليها . ومنهم من يكون له مال كثير فيستغنى عنها ، فيسهل إخراجها .

٣١٤٩ (فصل) قد ذكرنا أن الظاهر من المذهب : لا يجوز بيع كل ماء عدي ، كياه العميون ، ونقم البئر في أما كنهه ، قبل إحرازه في إنائه ، ولا السكلا في مواضعه ، قبل حيازته . فعلى هذا : متى باع الأرض وفيها كلاً ، أو ماء ، فلا حق للبائع فيه . وقد ذكرنا رواية أخرى : أن ذلك مملوك ، وأنه يجوز بيعه . فعلى هذه الرواية : إن باع الأرض فذكر الماء ، والسكلا في البيع ، دخل فيه ، وإن لم يذكره كان الماء الموجود والسكلا للبائع . لأنه بمنزلة الزرع في الأرض . والماء أصل بنفسه . فهو كالطعام في الدار . فما يتجدد بعد البيع فهو للمشتري . وعلى هذه الرواية : إذا باع من هذا الماء أصماً معلومةً جاز . لأنه كالصبرة ، وإن باع كل ماء البئر لم يجز . لأنه يختلط بغيره ، ولو باع من النهر الجاري أصماً لم يجز . لأن ذلك الماء يذهب ، ويأتي غيره .

٣١٥٠ (فصل) وعلى كلتا الروايتين : متى كان الماء النابع في ملكه ، أو السكلا ، أو للمعادن وفق كفايته لشربه ، وشرب ما شيته ، لم يجب عليه بذله . نص عليه . لأنه في ملكه ، فإذا تساوى هو وغيره في الحاجة كان أحق به ، كالطعام ، وإتما توعد النبي صلى الله عليه وسلم على منع فضل الماء . ولا فضل في هذا . ولأن عليه في بذله ضرراً ، ولا يلزمه نفع غيره بمضرة نفسه ، وإن كان فيه فضل عن شربه ، وشرب ما شيته ، وزرعه ، واحتاجت إليه ماشية غيره ، لزمه بذله بغير عوض . والسكلا واحد أن يتقدم إلى الماء ، ويشرب ، ويسقى ما شيته . وليس لصاحبه المنع من ذلك . لما روى إياس ابن عبد الله المزني : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من منع فضل الماء ليمنع به فضل السكلا منعه الله فضل رحمته » وفي صحيح مسلم ، عن أبي هريرة : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن تسأل المرأة طلاق أختها . ونهى أن يمنع الماء مخافة أن يرعى السكلا » يعني إذا كان في مكان كلاً ، وليس يمكنه الإقامة لرعيه إلا بالسقي من هذا الماء ، فيمنعهم السقي ، ليتوفر السكلا عليه ، وروى أبو عبيدة بإسناده . عن عمر : أنه قال « ابن السبيل أحق بالماء من الابل عليه » وعن أبي هريرة قال « ابن السبيل أول شارب » وعن بهيسة قالت « قال أبي : يا رسول الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : الماء . قال : يا رسول الله ما الشيء الذي لا يحل منعه ؟ قال : الملح » وليس عليه بذل آلة البئر ، من الحبل ، والدلو ، والبكرة ، لأنه يخلق ولا يستخلف غيره ، بخلاف الماء ، وهذا كله هو

الظاهر من مذهب الشافعي، ولا فرق فيما ذكرنا بين البُنْيَان، والصَّحَارَى، وعن أحمد أنه قال: إنما هذا في الصحاري، والبرية دون البُنْيَان، يعني أن البُنْيَان، إذا كان فيه الماء، فليس لأحد الدخول إليه، إلا بإذن صاحبه.

٣١٥١ (فصل) وهل يلزمه بذل فضل مائه لزرع غيره، فيه روايتان:

إحداهما: لا يلزمه. وهو مذهب الشافعي. لأن الزرع لأحرمة له في نفسه، ولهذا لا يجب على صاحبه سقيته، بخلاف الماشية.

والثانية: يلزمه بذله لذلك، لما روى عن عبد الله بن عمرو «أن قَيْمَ أَرْضِهِ بِالْوَهْطِ^(١) كَتَبَ إِلَيْهِ يُخْبِرُهُ أَنَّهُ قَدْ سَقَى أَرْضَهُ، وَفَضَلَ لَهُ مِنَ الْمَاءِ فَضْلَ يَطْلُبُ بِثَلَاثِينَ أَلْفًا، فَكَتَبَ إِلَيْهِ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو: أَقِمْ قِلْدَكَ مِمَّ اسْتَقَى الْأَذَنَى، فَلَا أَذَنَى. فَأَنَّى سَمِعْتَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، يَنْهَى عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ» قال أبو عُبَيْدٍ، الْقِلْدُ^(٢) يومُ الشَّرْبِ. وفي المَسْنَدِ: حَدَّثَنَا حَسَنٌ، قَالَ: حَدَّثَنَا حَمَّادُ بْنُ سَلَمَةَ، عَنْ أَبِي الزَّيْبِرِ، عَنْ جَابِرٍ، قَالَ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ فَضْلِ الْمَاءِ» وروى إِبْرَاهِيمُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ، قَالَ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يُبَاعَ فَضْلُ الْمَاءِ» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح، وفي لفظ «نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَاءِ» ولأن في منعه فضل الماء إهلاكه، فحُرْمُ منعه، كالماشية، وقولهم: لا حرمة له.

قلنا: فلصاحبه حرمة، فلا يجوزُ النَّسَبُ إلى إهلاك ماله، ويحتمل أن يُمنع نَقْيُ الحرمة عنه، فإن إضاعة المال منهي عنها، وإتلافه مُحَرَّمٌ. وذلك دليل على حرمة.

٣١٥٢ (فصل) وإذا اشترى عبداً بمائة، فقضاها عنه غيره صح، سواء قضاها بأمره أو غير أمره. فإن بان العبدُ مُسْتَحَقًّا لزم ردُّ المائة إلى دافعها. لأننا تبيننا أنه قبض غير مُسْتَحَقِّ. فكأن المائة لم تخرج من يد دافعها. وإن بان العبدُ مَعْيِباً فردّه بالعيب، أو بإقالة، أو أصدق امرأةً إنساناً شيئاً، فطلقها الزوج قبل دخوله بها، أو ارتدَّت، فهل يلزم ردُّ المائة إلى دافعها، أو على المشتري والزوج؟ يحتمل وجهين: أحدهما: على الدافع. لأن القبض حصل منه. فالردُّ عليه كالتى قبلها.

والثاني: على الزوج والمشتري. لأن قضاها بمنزلة الهبة لها. بدليل براءة ذمتها منه. والهبة المقبوضة لا يجوز الرجوع فيها، وإن كان الدفع بإذن المشتري، والزوج، احتمل أن يكون الحسب فيه، كما لو قضاها بغير إذنه، إذا كان فعل ذلك على سبيل التبرع عليه. واحتمل أن يكون ردّه على الزوج

(١) الوهط: بستان ومال كان لعمر بن العاص بالطائف، وأصل الوهط جمع وهطة وهو الأرض المنخفضة.

(٢) القلد: بكسر القاف وسكون اللام الحظ من الماء

والمشترى ، إذا كان عقدُهما صحيحاً بكلِّ حال . لأنَّ إداًهما في تسليمه إلى مَنْ له الدينُ عليهما إذا أتصل به القبضُ جرى مجرى قبوله ، وقبضه ، بخلاف ما إذا لم يأذن ، وإن أذا في دفع ذلك عنهما قرَضاً . فإنَّ الردَّ يكون عليهما ، والمقرضُ يرجعُ عليهما بيَّوضه .

٣١٥٣ (فصل) إذا قال العبدُ لرجل : ابتعني من سيدي ففعل ، فبان العبدُ ممتعاً . فالضمانُ على السيد . نصَّ عليه أحدُ . وبه قال أبو حنيفة : إن كان السيد حاضراً حين غره العبدُ . وإن كان غائباً فالضمانُ على العبد . لأنَّ الغرر منه .

ولنا : أن السيد قبض الثمن بغير استحقاق ، وضمن العهدة . فكان الضمانُ عليه ، كما لو كان حاضراً . وإن بان العبدُ مفصوباً ، أو به عيبٌ فردّه ، فالضمانُ على السيد لما ذكرنا .

٣١٥٤ (فصل) وإن اشترى اثنان عبداً . ففاب أحدهما ، وجاء الآخرُ يطلبُ نصيبه منه . فله ذلك . وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك . لأنَّه لا يُمكنه تسليمه إلاَّ بتسليم نصيب الغائب ، وليس له تسليمه بغير إذنه .

ولنا : أنه طلب حصَّته . فكان له ذلك ، كما لو أوجب لكلِّ واحدٍ منهما منفرداً . وما ذكروه يُوَظِّلُ بهذه الصورة . وإن قال الحاضرُ : أنا أدفعُ جميعَ الثمن ، ويدفعُ إلىَّ جميعَ العبد . لم يكن له ذلك ، وقال أبو حنيفة : له ذلك .

ولنا : أن شريكه لم يأذن للحاضر في قبض نصيبه ، ولا للبائع في دفعه إليه ، فلم يكن لهما ذلك ، كما لو كانا حاضرين . فإنَّ سُلِّمَ إليه ، فتَلَفَ العبدُ ، فلغايب تضمينُ أيَّهما شاء . لأنَّ الدافعَ فرط بدفع ماله بغير إذنه ، والشريك قبضَ مالَ غيره بغير إذنه . فإنَّ ضمَّنَ الشريكُ لم يرجعْ على أحدٍ . لأنَّ التلفَ حصلَ في يده ، فاستقرَّ الضمانُ عليه . وإن ضمن الدافعُ رجعَ على القابض لذلك . ويَقْوَى عندى : أنه إذا لم يُمكن تسليم نصيب أحدِ المشترين إليه إلاَّ بتسليم نصيب صاحبه ، أنه لا يجوزُ التسليمُ إليه ، لما ذكرنا ههنا .

٣١٥٥ (فصل) ويُستحبُّ الإشهادُ في البيع ، لقول الله تعالى (٢ : ٢٨٣) وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ) وأقلُّ أحوال الأمر الاستحبابُ ، ولأنَّه أقطعُ للنزاع ، وأبعدُ من التجاحد . فسكان أولى . ويختصُّ ذلك بما له خطر . فأما الأشياءُ القليلةُ الخطرُ ، كحوائج البقال ، والقطار ، وشبههما . فلا يُستحبُّ ذلك فيها . لأنَّ العقود فيها تكثرُ ، فيشُقُّ الإشهادُ عليها ، ونقبحُ إقامةَ البينةِ عليها ، والترافعُ إلى الحاكم من أجلها ، بخلاف الكثير . وإيسرُ الإشهادُ بواجبٍ في واحدٍ منهما ، ولا شَرَطاً له . روى ذلك عن أبي سعيد الخدري ، وهو قول الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وإسحق ، وأبي أيوب ، وقالت طائفة : ذلك فرضٌ

لا يجوز تركه . ورؤى ذلك عن ابن عباس . وممن رأى الإشهاد على البيع : عطاء ، وجابر بن زبد ، والنخعي . لظاهر الأمر ، ولأنه عقد معاوضة . فيجب الإشهاد عليه ، كالنكاح .

ولنا : قول الله تعالى (٢ : ٨٢٣) فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَذْيُودُ الَّذِي أَوْثَمِنَ أَمَانَتَهُ ^(١) وقال أبو سعيد : صار الأمر إلى الأمانة وتلا هذه الآية . ولأن النبي صلى الله عليه وسلم « اشترى من يهودي طعاماً ورهنة درعه . واشترى من رجل سراويل . ومن أعرابي فرساً ، فجدده الأعرابي حتى شهد له خزيمة بن ثابت ^(٢) » ولم يُنقل أنه أشهد ^(٣) في شيء من ذلك ، وكان الصحابة يتبايعون في عصره في الأسواق ، فلم يأمرهم بالإشهاد . ولا نُقل عنهم فعله . ولم يُنكر عليهم النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو كانوا يشهدون في كل بيعاتهم لما أُخِلَّ بنقله ، وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم عروة بن الجهم « أن يشتري له أضحية » ولم يأمره بالإشهاد ، وأخبره عروة : أنه اشترى شاتين ، فباع إحداها . ولم يُنكر عليه ترك الإشهاد ، ولأن المبايعات تكثر بين الناس في أسواقهم ، وغيرها . فلو وجب الإشهاد في كل ما يتبايعونه أفضى إلى الحرج المحطوط عنا بقوله تعالى (٢٢ : ٧٨) وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ (والآية المراد بها الإرشاد إلى حفظ الأموال ، والتعليم ، كما أمر بالرهن ، والكتاب . وليس ذلك بواجب . وهذا ظاهر .

٣١٥٦ (فصل) ويُسكرو البيع ، والشراء في المسجد ، وبه قال إسحق ، لما روى أبو هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَبِيعُ أَوْ يَبْتَاعُ فِي الْمَسْجِدِ فَقُولُوا : لَا أَرْبَحَ اللَّهُ تِجَارَتَكَ . وَإِذَا رَأَيْتُمْ مَنْ يَنْشُدُ ضَالَّةً فِي الْمَسْجِدِ فَقُولُوا : لَا رَدَّهَا اللَّهُ عَلَيْكَ » أخرجه الترمذي ، وقال : حديث حسن غريب ، ولأن المساجد لم تُبن لهذا . ورأى عمران القصير رجلاً يبيع في المسجد ، فقال « هَذِهِ سُوقُ الْآخِرَةِ . فَإِنْ أَرَدْتَ التَّجَارَةَ ، فَاخْرُجْ إِلَى سُوقِ الدُّنْيَا » فإن باع فالبيع صحيح ، لأن البيع تم بأركانه ، وشروطه . ولم يثبت وجود مُفسدٍ له . وكراهة ذلك لا توجب الفساد ، كالغش في البيع ، والتدليس ، والتضريفة . وفي قول النبي صلى الله عليه وسلم : « قُولُوا : لَا أَرْبَحَ اللَّهُ تِجَارَتَكَ » من غير إخبار بفساد البيع دليل على صحته ، والله أعلم .

(١) ليس في الآية تصريح بعدم الإشهاد على البيع والشراء وإنما فيها الحث على تأدية الأمانة .

(٢) معنى جدده اليهودي : أنه أنكر أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى منه الفرس وأعطاه ثمنه ، وطلب استرداد الفرس ، وقد شهد خزيمة للنبي صلى الله عليه وسلم من غير سابق معرفة ، وقد قال له الرسول : تشهد لي وأنت لا تعرفني ؟ فقال له خزيمة نعم ، فلذلك جعل الرسول صلى الله عليه وسلم شهادة خزيمة بشهادة رجلين .

(٣) في النسخ المطبوعة (أنه شهد) والصحيح ما هنا .

باب السلم

وهو أن يُسلمَ عَوْضًا حَاضِرًا فِي عَوْضٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ إِلَى أَجَلٍ ، وَيُسَمَّى سَلَمًا ، وَسَلَفًا . يُقَالُ :
أَسْلَمَ ، وَأَسْلَفَ ، وَسَلَفَ . وَهُوَ نَوْعٌ مِنَ الْبَيْعِ يَنْعَقِدُ بِمَا يَنْعَقِدُ بِهِ الْبَيْعُ . وَبَلْفُظُ السَّلَمِ ، وَالسَّلَفِ . وَيُعْتَبَرُ
فِيهِ مِنَ الشَّرْطِ مَا يُعْتَبَرُ فِي الْبَيْعِ ، وَهُوَ جَائِزٌ بِالْكِتَابِ ، وَالسَّنةِ ، وَالْإِجْمَاعِ .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٨٢) يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَدْتُمْ بَيْنَ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى
فَاكْتُبُوهُ (وَرَوَى سَعِيدٌ بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ : أَنَّهُ قَالَ « أَشْهَدُ أَنَّ السَّلَفَ الْمَضْمُونُ إِلَى أَجَلٍ
مُسَمًّى قَدْ أَحَلَّهُ اللَّهُ فِي كِتَابِهِ . وَأُذِنَ فِيهِ ، ثُمَّ قَرَأَ هَذِهِ الْآيَةَ » وَلَئِنْ هَذَا اللَّفْظُ يَصْلُحُ لِلْسَّلَامِ ،
وَيَشْمَلُهُ بِعُمُومِهِ .

وأما السنة : فَرَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « أَنَّهُمْ قَدِمُوا الْمَدِينَةَ ، وَهُمْ
يُسْلِفُونَ فِي الثَّمَارِ السَّلْتَيْنِ وَالثَّلَاثَ . فَقَالَ : مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْفِ الْمَعْلُومِ ، وَوَزَنِ
مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ، وَرَوَى الْبُخَارِيُّ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي الْمَجَالِدِ قَالَ « أُرْسَلَنِي أَبُو بَرْدَةَ
وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَدَّادٍ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي أَوْفَى ، فَسَأَلْتُهُمَا عَنِ السَّلَفِ ؟ فَقَالَا :
كُنَّا نَصِيبُ الْمَغَانِمَ مَعَ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَكَانَ يَأْتِينَا أَنْبَاطٌ مِنْ أَنْبَاطِ الشَّامِ ،
فَنَسْلِفُهُمْ فِي الْخِنْطَرِ ، وَالشَّيْبِ ، وَالزَّيْبِ ، فَقُلْتُ : أَلَا كَانَ لَهُمْ زَرْعٌ أَمْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ زَرْعٌ ؟ قَالَ :
مَا كُنَّا نَأْخُذُهُمْ عَنْ ذَلِكَ » .

وأما الإجماع : فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز . ولأن
المؤمن في البيع أحد عَوْضِي الْعَقْدِ ، فَجَازَ أَنْ يَثْبُتَ فِي الذِّمَّةِ كَالثَّمَنِ . وَلِأَنَّ النَّاسَ حَاجَةً إِلَيْهِ . لِأَنَّ أَرْبَابَ
الزَّرْعِ ، وَالثَّمَارِ ، وَالتَّجَارَاتِ ، يَحْتَاجُونَ إِلَى النِّفْقَةِ عَلَى أَنْفُسِهِمْ ، وَعَلَيْهَا لِتَكْمُلَ . وَقَدْ تَمَوَّزَهُمُ النِّفْقَةُ ،
فَجَوَّزَ لَهُمُ السَّلَامَ لِيَرْتَفِعُوا ، وَيَرْتَفِقَ الْمُسْلِمُ ^(١) بِالْأَسْتِرْخَاصِ .

٣١٥٧ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﴿ وكل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جائز ﴾ وجهه ذلك :
أن السلم لا يصح إلا بشروط ستة :

أحدها : أن يكون المسلم فيه مما ينضبط بالصفات التي يختلف الثمن باختلافها ظاهراً . فيصح في
الحبوب ، والثمار ، والدقيق ، والحب ، والإبريسم ، والقطن ، والكتان ، والصوف ، والشعر ، والكاغد ،
والحديد ، والرصاص ، والصفير ، والنحاس ، والأذوية ، والطيب ، والخلول ، والأذنان ، والشحوم ، والألبان
والزئبق ، والشب ، والكبريت ، والكحل وكل مكيل ، أو موزون ، أو مزروع . وقد جاء الحديث في

(١) المسلم : الذي دفع مال السلم ، وهو ثمن الشيء الذي يأتيه بعد الأجل المعلوم .

الثمار . وحديث ابن أبي أوفى في الحِنْطَة ، والشعير ، والزبيب ، والزيت : وأجمع أهل العلم على أن السلم في الطعام جائز . قاله ابن المنذر . وأجمعوا على جواز السلم في الثياب . ولا يصح السلم فيما لا ينضبط بالصفة . كالجوهر ، من اللؤلؤ ، والياقوت ، والفيروزج ، والزبرجد ، والعقيق ، والبللور ، لأن أثمانها تختلف اختلافًا متباينًا بالصغر ، والكبر ، وحسن التشوير ، وزيادة ضوئها ، وصفائها ، ولا يمكن تقديرها ببقيض المصنوع ونحوه . لأن ذلك يختلف ، ولا بشيء معين لأن ذلك يختلف . وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي . وحكى عن مالك صحة السلم فيها ، إذا اشترط منها شيئًا معلومًا . وإن كان وزنًا فيوزن معسوف . والذي قلناه أولى ، لما ذكرنا . ولا يصح فيما يجمع أخلاطًا مقصودة غير متميزة ، كالفالية^(١) ، والنَّد ، والمعاجين التي يتداوى بها ، للجهل بها ، ولا في الحوامل من الحيوان . لأن الولد مجهول غير متحقق ولا في الأواني المختلفة الروس ، والأوساط . لأن الصفة لا تأتي عليه . وفيه وجه آخر : أنه يصح السلم فيه إذا ضبط بارتفاع حائطه ، ودور أعلاه ، وأسفله . لأن التفاوت في ذلك يسير ، ولا يصح في القسي المشتعلة على الخشب ، والقرن ، والعصب^(٢) ، والقوز . إذ لا يمكن ضبط مقادير ذلك ، وتميز ما فيه منها . وقيل يجوز السلم فيها ، والأولى ما ذكرناه ، قال القاضي : والذي يجمع أخلاطًا على أربعة أضرب .

أحدها : مختلط مقصود ، متميز ، كالثياب المنسوجة من قطن ، وكتمان ، أو قطن وإبريسم ، فيصح السلم فيها . لأن ضبطها ممكن .

الثاني : ما خلطه لمصلحته . وليس بمقصود في نفسه ، كالأنفحة في الجنين ، والمليخ في العجين ، والخبز ، والماء في خل الثمر ، والزبيب ، فيصح السلم فيه . لأنه يسير لمصلحته .

الثالث : أخلاط مقصودة غير متميزة ، كالفالية ، والنَّد ، والمعاجين ، فلا يصح السلم فيها . لأن الصفة لا تأتي عليها .

الرابع : ما خلطه غير مقصود ، ولا مصلحة فيه ، كاللبن المشوب بالماء . فلا يصح السلم فيه .

٣١٥٨ (فصل) ويصح السلم في الخبز ، واللُّب ، وما أمكن ضبطه مما مسَّته النار . وقال الشافعي : لا يصح السلم في كل معمول بالنار . لأن النار تختلف ، ويختلف عملها ، ويختلف الثمن بذلك .

(١) الفالية : نوع جيد من الطيب : والنَّد : بفتح النون وكسرهما نوع من الطيب أيضاً كان معروفاً عند العرب . وأيام المؤلف .

(٢) العصب : بفتح العين مع فتح الصاد وسكونها شجر البلاب ، والتوز : نوع من أنواع الشجر معروف عند العرب .

ولنا : قوله عليه السلام « مَنْ أَسْلَمَ قَلِيلُ سَلِيمٍ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ أَوْ وَزَنٍ مَعْلُومٍ » فظاهرُ هذا : إباحةُ السِّلَمِ في كلِّ مَسْكِلٍ ، وَمَوْزُونٍ ، وَمَعْدُودٍ . ولأنَّ عملَ النارِ فيه معلومٌ بالعادة ، ممكِنٌ ضَبْطُهُ بِالنَّشَافَةِ ، وَالرَّطُوبَةِ . فصَحَّ السِّلَمُ فيه ، كَأُلْجَفِّ بِالشَّمْسِ ، فَأَمَّا اللَّحْمُ الْمُطْبُوعُ ، وَالشَّوَاهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصَحُّ السِّلَمُ فِيهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، لِأَنَّهُ ذَلِكَ يَتَفَاوَتُ كَثِيرًا ، وَعَادَاتُ النَّاسِ فِيهِ مُخْتَلِفَةٌ . فَلَمْ يُمْكِنْ ضَبْطُهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يَصَحُّ السِّلَمُ فِيهِ . لَمَّا ذَكَّرْنَا فِي الْخُبْرِ وَاللَّبَاءِ .

٣١٥٩ (فصل) وَيَصَحُّ السِّلَمُ فِي النَّشَابِ ، وَالنَّبْلِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَصَحُّ السِّلَمُ فِيهَا ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . لِأَنَّهُ يَجْمَعُ أَخْلَاطًا مِنْ خَشَبٍ ، وَعَقَبٍ ، وَرَيْشٍ ، وَنَصْلٍ ، فَجَرَى مَجْرَى أَخْلَاطِ الصَّيَادِلَةِ . وَلِأَنَّهُ فِيهِ رَيْشًا نَجِسًا . لِأَنَّهُ رَيْشُهُ مِنْ جَوَارِحِ الطَّيْرِ .

ولنا : أَنَّهُ تَمَّ يَصَحُّ بَيْعُهُ ، وَبِمَكْنُ ضَبْطُهُ بِالصِّفَاتِ الَّتِي لَا يَتَفَاوَتُ الثَّمَنُ مَعَهَا ، غَالِبًا . فَصَحَّ السِّلَمُ فِيهِ ، كَالْخَشَبِ ، وَالْقَصَبِ ، وَمَا فِيهِ مِنْ غَيْرِهِ مَتَمِّيزٌ ، يُمْكِنُ ضَبْطُهُ وَالْإِحَاطَةُ بِهِ ، وَلَا يَتَفَاوَتُ كَثِيرًا . فَلَا يُنْمَعُ ، كَالثِّيَابِ الْمَسْجُوجَةِ مِنْ جَنَيْنٍ . وَقَدْ يَكُونُ الرِّيشُ طَاهِرًا . وَإِنْ كَانَ نَجِسًا لَكِنْ يَصَحُّ بَيْعُهُ ، فَلَمْ يُنْمَعِ السِّلَمُ فِيهِ ، كَنَجَاسَةِ الْبُغْلِ ، وَالْحَارِ .

٣١٦٠ (فصل) وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِي السِّلَمِ فِي الْحَيَوَانِ . فَرُوي : لَا يَصَحُّ السِّلَمُ فِيهِ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرُويَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَخُذَيْفَةَ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالْجَوْزَجَانِيِّ . لَمَّا رُويَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ « إِنْ مِنَ الرَّبَا أَبْرَابًا لَا تَحْفَى . وَإِنْ مِنْهَا السِّلَمُ فِي السَّنِّ » وَلِأَنَّ الْحَيَوَانَ يَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا مُتَبَايِنًا . فَلَا يُمْكِنُ ضَبْطُهُ . وَإِنْ اسْتَقْصَى صِفَاتُهُ الَّتِي يَخْتَلِفُ بِهَا الثَّمَنُ — مِثْلُ أَزْجِ الْحَسَاجِينَ ، أَوْ كُلِّ الْعَيْنَيْنِ ، أَقْنَى الْأَنْفِ^(١) ، أَشْمُ الْعَرْنَيْنِ ، أَهْدَبُ الْأَشْفَارِ^(٢) ، أَلْيَ الشَّقَةِ ، بَدِيعُ الصَّفَةِ . تَعَذَّرَ تَسْلِيمُهُ ، لِنُدْرَةِ . وَجُودِهِ ، عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ . وَظَاهَرُ الْمَذْهَبِ : صَحَّةُ السِّلَمِ فِيهِ . نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذَرِ : وَثَمَنُ رَوَيْنَا عَنْهُ أَنَّهُ لَا بَأْسَ بِالسِّلَمِ فِي الْحَيَوَانِ : ابْنُ مَسْعُودٍ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَالزَّهْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَحَكَاهُ الْجَوْزَجَانِيُّ عَنْ عَطَاءٍ ، وَالْحَكَمِ . لِأَنَّهُ أَرَادَ

(١) أَقْنَى الْأَنْفِ : مَرْتَفِعُ أَعْلَاهُ مَحْدُودٌ وَسَطُهُ وَالْعَرْنَيْنِ : الْأَنْفُ أَوْ مَا صَاحِبُ مِنْ عَظْمِهِ ، وَالْأَشْمُ لِلرَّتْفِ قَصْبَتُهُ حَسَنًا .

(٢) أَهْدَبُ الْأَشْفَارِ : الْأَعْفَارُ شَعْرُ جَفُونِ الْعَيْنَيْنِ وَالْأَهْدَبُ كَثِيرُ شَعْرِ الْجَفُونِ ، وَالْمَى الشَّقَةُ : أَسْمَرُهَا ، أَوْ قَرِيبٌ مِنْ سَوَادِهَا .

قال : « اسْتَسَلَّمَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِنْ رَجُلٍ بِسَكْرًا ^(١) » رواه مسلم . وروى عبد الله بن عمرو بن العاص ، قال « أَمَرَنِي رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، أَنْ أَتَقَاعَ الْبَعِيرَ بِالْبَعِيرِ بْنِ ، وَبِالْأَبْعَرِ إِلَى مَجْبَى الصَّدَقَةِ » وقد ذكرنا هذا الحديث في باب الرِّبَا . ولأنه ثبت في الذِّمَّةِ صدقا . فثبت في السلم ، كالثياب ، فأما حديثُ عمر فلم يذكره أصحابُ الاختلاف . ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضَرَابِ فُخْلٍ بَنَى فُلَانٍ ، قال الشعبي : إنما كره ابن مسعود السلف في الحيوان ، لأنهم اشتراطوا نِتَاجَ فُخْلٍ مَعْلُومٍ . رواه سعيد . وقد روى عن علي « أَنَّهُ بَاعَ جَمَلًا لَهُ يُدْعَى عُصْفِيرًا بِعَشْرِينَ بَعِيرًا إِلَى أَجَلٍ » ولو ثبت قولُ عمر في تحريم السلم في الحيوان ، فقد عارضه قولُ من سَمَّيْنَاهُ جَمْنًا وافقنا .

٣١٦١ (فصل) واختلفت الرواية في غير الحيوان مما لا يُسْكَالُ ، ولا يُوزَنُ ، ولا يُزْرَعُ فنقل إسحاق بن إبراهيم ، عن أحمد : أنه قال : لا أرى السلمَ إلَّا فِيمَا يُسْكَالُ ، أو يُوزَنُ ، أو يُوقَفُ عَلَيْهِ . قال أبو الخطاب : معناه بُوْقَفُ عَلَيْهِ بِحَدِّ مَعْلُومٍ لا يختلفُ ، كالزراع ، فأما الرمان ، والبيضُ ، فلا أرى السلمَ فيه . وحكى ابن المنذر عنه ، وعن إسحاق : أنه لا خيرَ في السلمِ في الرمان ، والسفرجل ، والبطيخ ، والقثاء ، والخيار ، لأنه لا يُسْكَالُ ، ولا يوزن ، ومنه الصغير ، والكبير . فعلى هذه الرواية : لا يصح السلم في كلِّ معدود ، يختلف ، كالذي سَمَّيْنَاهُ ، وكالبقول . لأنه يختلف ، ولا يمكنُ تقديرُ البقل بالحزْمِ ، لأنَّ الحزْمَ يمكنُ في الصغير ، والكبير . فلم يصحَّ السلمُ فيه ، كالجواهر . ونقل إسماعيلُ ابن سعيد ، وابنُ منصور : جواز السلم في الفواكه ، والسفرجل ، والرمان ، والموز ، والخضرِ ، ونحوها . لأنَّ كثيرًا من ذلك مما يتقاربُ ، وينضبطُ بالصَّغَرِ ، والكِبَرِ ، وما لا يتقاربُ ينضبطُ بالوزن ، كالبقول ، ونحوها . فصحَّ السلمُ فيه ، كالزروع . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، والأوزاعي . وحكى ابن المنذر عن الشافعي : المنع من السلم في البيض ، والجوز . ولعلَّ هذا قولُ آخر . فيكون له في ذلك قولان .

٣١٦٢ (فصل) فأما السلم في الروس ، والأطراف . فيخرج في صحَّة السلم فيها الخلافُ الذي ذكرنا ، وللشافعي فيها قولان أيضًا ، كالروايتين :

أحدهما : يجوز . وهو قول مالك ، والأوزاعي ، وأبي ثور . لأنه لحمٌ فيه عَظْمٌ ، يجوز شراؤه ، تجاز السلمُ فيه ، كبقية اللحم .

والآخر : لا يجوز . وهو قول أبي حنيفة ، لأنَّ أكثره العِظامُ ، والمشافرُ ، واللحمُ فيه قليل ، وليس بموزون ، بخلاف اللحم . فإن كان مطبوخًا ، أو مشويًا . فقال الشافعي : لا يصحَّ السلمُ فيه . وهو

قياس قول القاضى . لأنه يتناثر ويختلف . وعلى قول غير القاضى من أصحابنا : حكم ما مسَّته النار من ذلك حكم غيره ، وبه قال مالك ، والأوزاعى ، وأبو ثور ، والعقد يقتضيه سليماً من التأثير ، والمادة في طبخه تتفاوت ، فأشبهه غيره .

٣١٦٣ (فصل) وفي الجلود من الخلاف مثل ما فى الرؤوس ، والأطراف ، وقال الشافعى : لا يصح السلم فيها ، لأنها تختلف ، فالورك نحين قوى ، والصدر نحين رخو ، والبطن رقيق ضعيف ، والظهر أقوى ، فيحتاج إلى وصف كل موضع منه ، ولا يمكن ذرعه لا خلاف أطرافه .

ولنا : أن التفاوت فى ذلك معلوم ، فلم يمنع صحة السلم فيه ، كالحیوان ، فإنه يشتمل على الرأس ، والجلد ، والأطراف ، واللحم ، والشحم ، وما فى البطن ، وكذلك الرأس يشتمل على لحم الخدين ، والأذنين ، والعينين ، ويختلف ذلك ، ولم يمنع صحة السلم فيه ، كذا ههنا .

٣١٦٤ (فصل) وبصح السلم فى اللحم ، وبه قال مالك ، والشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يجوز لأنه يختلف .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمِ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ » وظاهره : إباحة السلم فى كل موزون ، ولأننا قد بينا جواز السلم فى الحيوان ، فاللحم أولى .

الشرط الثانى : أن يضبطه بصفاته التى يختلف الثمن بها ظاهراً . فإن السلم فيه عوض فى الذمة . فلا بد من كونه معلوماً بالوصف ، كالثمن . ولأن العلم شرط فى المبيع . وطريقه : إما الرؤية ، وإما الوصف . والرؤية ممتنعة ههنا . فيتمين الوصف ، والأوصاف ، على ضربين : متفق على اشتراطها ، ويختلف فيها . فالمتفق عليها ثلاثة أوصاف : الجنس ، والنوع ، والجودة ، والرداءة . فهذه لا بد منها فى كل مسلم . فيه . ولا نعلم بين أهل العلم خلافاً فى اشتراطها . وبه يقول أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعى .

الضرب الثانى : ما يختلف الثمن باختلافه ، ثم عدا هذه الثلاثة الأوصاف . وهذه تختلف باختلاف المسلم فيه . ونذكرها عند ذكره . وذكرها شرطاً فى السلم عند إمامنا ، والشافعى . وقال أبو حنيفة : يكفي ذكر الأوصاف الثلاثة . لأنها تشتمل على ما وراءها من الصفات .

ولنا : أنه يبقى من الأوصاف من اللون ، والبلد ، ونحوها ما يختلف الثمن ، والفرص لأجله . فوجب ذكره كالنوع .

ولا يجب استقصاء كل الصفات ، لأن ذلك يتعذر ، وقد ينتهى الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه . إذ يبعد وجود المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها . فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة ، التى

يختلف الثمن بها ظاهراً . ولو استقصى الصفات حتى انتهى إلى حال يندرج وجود المسلم فيه بتلك الأوصاف ، بطل السلم . لأن من شرط السلم أن يكون المسلم فيه عام الوجود عند التحلل ، واستقصاء الصفات يمنع منه . ولو شرط الأجود لم يصح أيضاً . لأنه لا يقدر على الأجود . وإن قدر عليه كان نادراً . وإن شرط الأرذأ احتمل أن لا يصح لذلك . واحتمل أن يصح . لأنه يقدر على تسليم ما هو خير منه . فإنه لا يسلم شيئاً إلا كان خيراً مما شرطه ، فلا يميز إذاً عن تسليم ما يجب قبوله ، بخلاف التي قبلها . ولو أسلم في جارية وابنتها ، لم يصح . لأنه لا بد أن يضبط كل واحدة منهما بصفات ، ويتمدّر وجود تلك الصفات في جارية وابنتها ، وكذلك إن أسلم في جارية وأختها ، أو عمتها ، أو خالتها ، أو ابنة عمتها ، لما ذكرنا . ولو أسلم في ثوب على صفة خرقعة أحضرها ، لم يجز ، لجواز أن تهلك الخرقعة ، وهذا غرر ، ولا حاجة إليه ، فنع الصحة . كالمو شرط مكيالاً بعينه ، أو صنفه بعينه .

٣١٦٥ (فصل) والجنس ، والجودة ، أو ما يقوم مقامهما شرطان في كل مسلم فيه . فلا حاجة إلى تكرير ذكرهما في كل مسلم فيه . ويذكر ما سواهما فيصف الثمر بأربعة أوصاف : النوع ، برئى أو مقل . والبلد ، إن كان يختلف . فيقول : بندقى أو بصرى . فإن البندقى أحلى ، وأقل بقاء ، وعدوية للماء ، والبصرى بخلاف ذلك ، والقدر : كبار أو صغار ، وحديث أو عتيق . فإن أطلق العتيق فأى عتيق أعطى جاز ، ما لم يكن مؤسسا ، ولا حشفاً^(١) ، ولا متغيراً . وإن قال عتيق عام ، أو عامين ، فهو على ما قال : فأما اللون : فإن كان النوع الواحد مختلفاً ، كالطبرز ، يكون أحمر ، ويكون أسود ، ذكره . وإلا فلا ، والرطب كالتمر في هذه الأوصاف ، إلا الحديث والعتيق ، ولا يأخذ من الرطب إلا ما أرطب كله . ولا يأخذ منه مشدخاً ، ولا قدما قارب أن يثمر ، وهكذا ما جرى تجراه من العنب ، والفواكه .

٣١٦٦ (فصل) ويصف البر بأربعة أوصاف : النوع . فيقول : سبيلة ، أو سلمونى والبلد . فيقول : حوراني أو بلقاوى ، أو سمالي ، وصغار الحب أو كباره ، وحديث أو عتيق ، وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره . ولا يسلم فيه إلا مصفى وكذلك الحسم في الشعير ، والقطنيات ، وسائر الحبوب .

٣١٦٧ (فصل) ويصف العسل بثلاثة أوصاف : البلدى . فيجى ، أو نحوه . ويجزى ذلك عن النوع ، والزمان : ريعى . أو خريقى ، أو صيفى ، واللون : أبيض ، أو أحمر ، وليس له إلا مصفى من الشمع .

(١) الحشف : الجاف ، الذى لاماء فيه ولا حلالة .

٣١٦٨ (فصل) ولا بدّ في الحيوان كلّهُ من ذكر النوع ، والسّن ، والذكورية ، والأنثوية ، ويذكر اللون ، إن كان النوع الواحد يختلف . ويُرجع في سنّ الغلام إليه إن كان بالغاً : وإن كان صغيراً فالقول قول سيّده ، وإن لم يُعلم رُجع في قوله إلى أهل الخبرة ، على ما يغلبُ على ظنونهم تقريباً . وإذا ذكر النوع في الرقيق ، وكان مختلفاً مثلُ التركي : منهم الجسكي والخزري ، فهل يحتاجُ إلى ذكره ، أو يكفي ذكرُ النوع ؟ يحتمل وجهين ، ولا يحتاج في الجارية إلى ذكر البكارة والثيوبّة ، ولا الجُمُودَة والسُّبُوطَة . لأنّ ذلك لا يختلفُ به الثمن اختلافاً بيناً ، ومثُلُ ذلك لا يُراعى ، كما في صفات الحسن ، والملاحة . فإن ذكر شيئاً من ذلك لزمه ، ويذكر الثيوبّة والبكارة . لأنّ الثمن يختلفُ بذلك ، ويتعلّق به الغرض . ويذكر القدّ : خماسيّ أو سداسيّ ، يعني خمسة أشبار ، أو سِتّة أشبار . قال أحمد : يقول خماسيّ ، سداسيّ أسودُ أبيض ، أعجميّ ، أو فصيح .

فأما الإبل فيضبطها بأربعة أوصاف . فيقول : من نتاج بني فلان . والسّن : بنتٌ مخاض ، أو بنتٌ لبون ، واللون : بيضاء ، أو حمراء ، أو ورقاء^(١) . وذكر أو أنثى ، فإن كان نتاجُ يختلفُ فيه ، مهربّة ، وأزحبيّة ، فهل يحتاجُ إلى ضبط ذلك ؟ يحتمل وجهين ، وما زاد على هذه الأوصاف لا يفتقر إلى ذكره ، وإن ذكر بمضه كان تأكيداً ولزماً ، وأوصافُ الخيل كأوصاف الإبل .

وأما البغال والحمر فلا يحتاجُ لها ، فيُجملُ مكان ذلك نسبُها إلى بلدِها . وأما البقر ، والغنم ، فإن عُرِف لها نتاجٌ ، فهي كالإبل ، وإلا فهي كالحمر . ولا بدّ من ذكر النوع في هذه الحيوانات ، فيقول في الإبل : بُحَنِيّة ، أو عِراييّة ، وفي الخيل : عِريّة أو هجينة ، أو بردون^(٢) ، وفي الغنم : ضأن أو معز ، إلا الحمر ، والبغال ، فلا نوع فيهما .

٣١٦٩ (فصل) ويذكر في اللحم السّن والذكورية ، والأنثوية ، والسّمّن ، والهزال ، وراعياً ، أو معلوقاً ، ونوع الحيوان ، وموضع اللحم منه . ويزيد في الذكر : فحلاً أو خصيّاً ، وإن كان من صيد لم يحتاجُ إلى ذكر الملف ، والخصاء . ويذكر الآلة التي يُصادُ بها ، من جارية أو أحبولة . وفي الجارية يذكر : صيد فهد ، أو كلب ، أو صقر . فإنّ الأحبولة يؤخذُ الصيدُ منها سليماً ، وصيدُ الكلب خَيْرٌ من صيدِ الفهد ، لسكونِ الكلبِ أطيبَ الحيوانِ نسكَةً ، قيل : لكونه مفتوح الفم في أكثر الأوقات ، والصحيحُ إن شاء الله : أنّ هذا ليس بشرط . لأنّ التفاوت فيه يسيرٌ ، ولا يكادُ الثمنُ يتباينُ باختلافه ، ولا يعرفه إلا القليلُ من الناس . وإذا لم يحتج في الرقيق إلى ذكر البكارة والثيوبّة ، والسّمّن ،

(١) ورقاء : في لونها سواد وبياض .

(٢) بردون ، مولد بين حصان وبغل .

والهزال، وأشباهاها مما يقباين بها الثمن، وتختلف الرغبات بها، ويعرفها الناس فهذا أولى. ويلزم قبول اللحم بعظامه، لأنه هكذا يُقَطَّعُ، فهو كالنوى في التمر، وإن كان السلم في لحم طائر لم يحتاج إلى ذكر الدكورية، والأنوثية، إلا أن يختلف بذلك، كالحجم الدجاج، ولا إلى ذكر موضع اللحم، إلا أن يكون كثيراً يأخذ منه بعضه. ولا يلزمه قبول الرأس والساقين. لأنه لا لحم عليهما.

وفي السمك يذكر الفروع: بردي، أو غيره، والكبير، والصغير، والسمن، والهزال. والطري، والملح، ولا يقبل الرأس، والذنب، وله ما بينهما، وإن كان كثيراً يأخذ بعضه، ذكر موضع اللحم منه.

٣١٧٠ (فصل) ويضبط السمن بالنوع، من ضأن، أو معيز، أو بقر، والاون أبيض، أو أصفر، قال القاضي: ويذكر للمرعى، ولا يحتاج إلى ذكر حديث، أو عتيق، لأن إطلاقه يقتضى الحديث، ولا يصح السلم في عتيقه، لأنه عيب، ولا ينتهى إلى حد يضبط به، ويصف الزبد بأوصاف السمن، ويزيد: زبد يومه، أو أمسه، ولا يلزمه قبول متغير في السمن، أو الزبد ولا رقيق، إلا أن تكون رفته للحر، ويصف اللبن بالنوع، والمرعى، ولا يحتاج إلى اللون، ولا حلبة يومه، لأن إطلاقه يقتضى ذلك، ولا يلزمه قبول متغير، قال أحمد: ويصح السلم في المخيض، وقال الشافعي: لا يصح السلم فيه، لأن فيه ما ليس من مصاحته، وهو الماء، فصار المقصود مجزئاً.

ولنا: أن الماء يسير يُترك لأجل المصلحة، جرت العادة به. فلم يمنع صحة السلم فيه، كالماء في الشيرج، والملح، والأفحة في الجبن، والماء في خل التمر، ويصف الجبن بالنوع، والمرعى، ورطب أو يابس، ويصف اللبن بصفات اللبن، ويزيد اللون، ويذكر الطبخ، أو ليس بمطبوخ.

٣١٧١ (فصل) وتضبط الثياب بستة أوصاف: النوع: كتان، أو قطن، والبلد، والطول، والعرض، والصفاقة، والرقّة، والغلظ، والدقة، والنعمومة، والخشونة. ولا يذكر الوزن. فإن ذكره لم يصح، لتعدد الجمع بين صفاته المشترطة، وكونه على وزن معلوم. فيكون فيه تقرير، لتعدد اتفاقه، وإن ذكر خاماً، أو مقصوراً، فله ما شرط، وإن لم يذكره جاز. وله خام. لأنه الأصل. وإن ذكر مغسولاً، أو كيبساً لم يجز، لأن اللبس يختلف، ولا ينضبط. فإن أسلم في مصبوغ، وكان مما يُصنع غزله جاز. لأن ذلك من جملة صفات الثوب، وإن كان مما يُصنع بعد نسجه لم يجز. لأن صنع الثوب يمنع الوقوف على نعمته، وخشونته. ولأن الصنيع غير معلوم، وإن أسلم في ثوب مختلف الغزول، كقطن، وإزيسم، أو قطن وكتان، أو صوف، وكانت الغزول مضبوطة بأن يقول: السدى لإزيسم، واللحمة كتان، أو نحوه جاز. ولهذا جاز السلم في الخبز. وهو من غزلين مختلفين، وإن

أُسْلِمَ فِي ثَوْبٍ مُوَشَّيٍّ وَكَانَ الْوَشْيُ مِنْ تَمَامِ نَسْجِهِ جَازٌ . وَإِنْ كَانَ زِيَادَةً لَمْ يَجُزْ . لِأَنَّهُ لَا يَنْضَبِطُ^(١) .
 ٣١٧٢ (فصل) وَيَصِفُ غَزَلَ الْقُطْنِ ، وَالسَّكَّتَانَ ، بِالْبَلَدِ ، وَاللَّوْنِ ، وَالْغِلَظِ ، وَالْدَقَّةَ ، وَالنَّعْمَةَ ،
 وَالخُشُونَةَ ، وَيَصِفُ الْقُطْنَ بِذَلِكَ . وَيَجْعَلُ مَكَانَ الْغِلَظِ ، وَالْدَقَّةِ الطَّوْلَ ، وَالْقَصَرَ . وَإِنْ شَرَطَ فِي الْقُطْنِ
 مَنَزُوعَ الْحَبِّ جَازٌ . وَإِنْ أَطْلَقَ كَانَ لَهُ بَحْتُهُ ، كَالْتِمَرِ بِنَوَاهِ . وَيَصِفُ الْإِبْرَيسِمَ بِالْبَلَدِ ، وَاللَّوْنِ ، وَالْغِلَظِ ،
 وَالْدَقَّةِ . وَيَصِفُ الصُّوفَ بِالْبَلَدِ ، وَاللَّوْنِ ، وَالطَّوْلِ ، وَالْقَصَرِ ، وَالزَّمَانِ : خَرِيفِيٌّ ، أَوْ رَيْبِيٌّ . لِأَنَّ
 صُوفَ الْخَرِيفِ أَنْطَفُ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَصِفُهُ بِالذَّكُورِيَّةِ ، وَالْأُنْثَوِيَّةِ . لِأَنَّ صُوفَ الْإِنَاثِ أَنْعَمُ ،
 وَيَحْتَمَلُ أَنْ لَا يَحْتَاجَ إِلَى هَذِهِ الصِّفَةِ . لِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي هَذَا يَسِيرٌ ، وَعَلَيْهِ تَسْلِيمُهُ نَقِيًّا مِنَ الشُّوْكِ ، وَالْبَعْرِ ،
 وَإِنْ لَمْ يَشْرُطْهُ ، وَإِنْ شَرَطَهُ جَازٌ . وَكَانَ تَأْكِيدًا . وَالشَّعْرُ وَالْوَبَرُ ، كَالصُّوفِ .

وَيَصِحُّ السَّلَامُ فِي السَّكَاغِدِ^(٢) . لِأَنَّهُ يُمْكِنُ ضَبْطُهُ ، وَيَصِفُهُ بِالطَّوْلِ ، وَالْعَرْضِ ، وَالْدَقَّةِ وَالْغِلَظِ ،
 وَاسْتِوَاءِ الصَّنْعَةِ ، وَمَا يَخْتَلِفُ بِهِ الثَّمَنُ .

٣١٧٣ (فصل) وَيُضَبِّطُ النُّجَاسُ ، وَالرِّصَاصُ ، وَالْحَدِيدُ بِالنُّوعِ . فَيَقُولُ فِي الرِّصَاصِ : قَلَمِي ،
 أَوْ أُنْزَبَ ، وَالنَّعْمَةُ ، وَالخُشُونَةُ ، وَاللَّوْنُ ، إِنْ كَانَ يَخْتَلِفُ ، وَيَزِيدُ فِي الْحَدِيدِ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى .
 فَإِنَّ الذَّكَرَ أَحَدٌ وَأُنْثَى ، وَإِنْ أُسْلِمَ فِي الْأَوَانِي الَّتِي يُمْكِنُ ضَبْطُ قَدْرِهَا ، وَطَوْلِهَا ، وَسُمْكِهَا ، وَدَوْرِهَا ،
 كَالْأَسْطَالِ^(٣) الْقَائِمَةِ الْحَيْطَانِ ، وَالطُّسُوتِ جَازٌ . وَيَضْبِطُهَا بِذَلِكَ كُلِّهَا ، وَإِنْ أُسْلِمَ فِي قِصَاصٍ ، وَأَقْدَاحٍ
 مِنَ الْخَشَبِ جَازٌ ، وَيَذَكِّرُ نَوْعَ خَشَبِهَا ، مِنْ جَوْزٍ ، أَوْ تَوْتٍ ، وَقَدَرَهَا فِي الصُّمَّرِ ، وَالْكَبَرِ ، وَالْعُمُقِ ،
 وَالضِّيْقِ ، وَالنَّخَانَةِ ، وَالرَّقَّةِ ، وَأَيِّ عَمَلٍ . وَإِنْ أُسْلِمَ فِي سَيْفٍ ضَبْطُهُ بِنَوْعِ حَدِيدِهِ ، وَطَوْلِهِ ، وَعَرْضِهِ ،
 وَرَقَّتِهِ ، وَغِلَظِهِ ، وَبَلَدِهِ ، وَقَدِيمِ الطَّبَعِ ، أَوْ مُحَدَّثِ ، مَاضٍ ، أَوْ غَيْرِهِ ، وَيَصِفُ قَبِيضَتَهُ ، وَجَفَنَهُ^(٤) .

٣١٧٤ (فصل) وَالْخَشَبُ عَلَى أَضْرَابٍ . مِنْهُ مَا يَرَادُ لِلْبِنَاءِ . فَيَذَكِّرُ نَوْعَهُ ، وَيُبَيِّنُهُ ، وَرُطُوبَتَهُ ،
 وَطَوْلَهُ ، وَدَوْرَهُ ، أَوْ سُمْكَهُ وَعَرْضَهُ . وَيُلْزِمُهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ مِنْ طَرَفِهِ ، إِلَى طَرَفِهِ ، بِذَلِكَ الْعَرْضِ
 وَالدَّوْرِ . فَإِنْ كَانَ أَحَدُ طَرَفَيْهِ أَغْلَظَ مِمَّا وَصَفَ ، فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا . وَإِنْ كَانَ أَدْقَ لَمْ يُلْزِمُهُ قَبُولُهُ . وَإِنْ
 ذَكَرَ الْوِزْنَ ، أَوْ سَمَحًا جَازٌ ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ جَازٌ . وَلَهُ سَمَحٌ خَالٍ مِنَ الْعُقْدِ . لِأَنَّ ذَلِكَ عَيْبٌ ، وَإِنْ كَانَ

(١) لعل عدم انضباطه كان في زمن المؤلف أما الآن فيمكن ضبطه ، سواء كان من تمام نسجه أولا

(٢) السكاغد : الورق ، وهو معرب .

(٣) الأسطال جمع سطل : وهو مثل السكوز .

(٤) جفنه : غمده وقرابه الذي يحفظ فيه .

للقسي ذكر هذه الأوصاف ، وزاد مهلياً ، أو جبلياً ، أو خوطاً^(١) أو فلقية . فإن الجبلى أقوى من السهلى ، والخوط أقوى من الفلقية . ويذكر فيما للوقود : الفلظة ، والييس ، والرطوبة ، والوزن ، ويذكر فيما للنصب : النوع ، والغلط ، وسائر ما يحتاج إلى معرفته ، ويخرجه من الجملة . وإن أسلم في النشاب^(٢) ، والنبل ضبطه بنوع جنسه ، وطوله ، وقصره ، ودقته ، وغاطه ، ولونه ، ونصليه وربشه .

٣١٧٥ (فصل) والحجارة منها ما هو للأزحية^(٣) ، فيضبطها بالدور ، والنخانة ، والبلى ، والنوع ، إن كان يختلف ، ومنها ما هو للبناء . فيذكر النوع ، واللون ، والقدر ، والوزن ، ويذكر في حجارة الآنية : اللون ، والنوع ، والقدر ، واللين ، والوزن . ويصف البلور بأوصافه . ويصف الأجر ، واللين بموضع التربة ، واللون ، والدور ، والنخانة ، وإن أسلم في الجص والثورة ذكر اللون ، والوزن . ولا يقبل ما أصابه الماء فجف ، ولا ما قدم قدماً يؤثر فيه . ويضبط التراب بمثله ذلك ، ويقبل الطين الذى قد جف إن كان لا يتأثر بذلك .

٣١٧٦ (فصل) ويضبط المنبر بلونه ، والبلد . وإن شرط قطعة ، أو قطعتين جاز . وإن لم يشترط فله أن يعطيه صفاراً ، أو كياراً ، وقد قيل : إن المنبر نبات يخلقه الله تعالى في جمبات البحر . ويضبط العود الهندى ببلده ، وما يعرف به . ويضبط المصطكى ، واللبان ، والفراة العربى ، وصنغ الشجر ، والميسك وسائر ما يجوز السلم فيه بما يختلف به .

٣١٧٧ « مسألة » قال : إذا كان بكيل معلوم ، أو وزن معلوم ، أو عدد معلوم . هذا الشرط الثالث . وهو معرفة مقدار المسام فيه بالسكيل ، إن كان مكيلاً . وبالوزن إن كان موزوناً ، وبالعدد إن كان معدوداً . لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من أسلف فى شيء فليؤسلف فى كميل معلوم ، أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » ولأنه عرض غير مشاهد ثبت فى الدمة . فاشترط معرفة قدره ، كالتن ، ولا نعلم فى اعتبار معرفة المقدار خلافاً . ويجب أن يقدره بمكيال ، أو أرطال معلومة عند الممة . فإن قدره بإناء معلوم ، أو صنجة معينة غير معلومة لم يصح . لأنه يهلك فيتمدّر معرفة قدر المسلم فيه . وهذا غرر لا يحتاج إليه المقد . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم فى الطعام لا يجوز بغير علم عياره ، ولا فى ثوب بذرع فلان . لأن المعيار لو تلف ، أو مات فلان بطل السلم . منهم النورى ، والشافعى ، وأبو حنيفة ، وأصحابه ،

(١) الخوط : الفصن الناعم الذى مر عليه سنة والفلقة قوس تتخذ من نصف عود .

(٢) النشاب هو النبل فهو من عطف المرادف .

(٣) الأزحية جمع رحي ، وهى التى تطحن بها الحبوب أو تجرش .

وأبو ثور . وإن عيّن مكّيالَ رَجُلٍ ، أو ميزانه ، وكانا معروفين عند العامة جاز . ولم يختصّ بهما . وإن لم يعرفا لم يحز .

٣١٧٨ (فصل) وإن أسلم فيما يُكَالُ وَزَنًا ، أو يُوزَنُ كَيْلًا . فمقل الأثرم . أنه سأل أحدَ عن السلم في التمر وَزَنًا ؟ فقال : لا ، إلّا كَيْلًا . قلت : إن الناس ها هنا لا يعرفون السكيل . قال : وإن كانوا لا يعرفون السكيلَ ، فيحتلُّ هذا أنه لا يجوز في السكيلِ إلّا كَيْلًا ، ولا في الوزونِ إلّا وَزَنًا . وهكذا ذكره القاضي ، وابن أبي موسى . لأنه مبيعٌ يشترط معرفة قدره ، فلم يحز بغير ما هو مقدّر به الأصل ، كبيع الرّبويّات بعضها ببعض . ولأنه قدّر المسلم بغير ما هو مقدّر به في الأصل فلم يحز ، كما لو أسلم في اللدروع وَزَنًا . ونقل المروزي عن أحمد : أنه يجوز المسلم في اللّبن . إذا كان كَيْلًا ، أو وَزَنًا . وهذا يدلّ على إباحة السلم في السكيلِ وَزَنًا ، وفي الوزونِ كَيْلًا . لأنّ اللّبن لا يخلو من كونه مكّيلا ، أو موزونًا . وقد أجاز السلم فيه بكل واحدٍ منها . وهذا قول الشافعي ، وابن المنذر . وقال مالك : ذلك جائز إذا كان الناس يتبايعون التمر وَزَنًا . وهذا أصحّ إن شاء الله تعالى . لأنّ الغرض معرفة قدره وخروجه من الجملة ، وإمكان تسليمه من غير تنازع . فبأي قدر قدر جاز . ويُفارق بيع الرّبويّات . فإنّ الثمائل فيها في السكيل كَيْلًا . وفي الموزون وَزَنًا شرطًا ، ولا نعلم هذا الشرط إذا قدرها بغير مقدارها الأصلي .

إذا ثبت هذا فإنّ الحبوب كلّها مكّيلة ، وكذلك التمر والزبيب والمستق ، والبندق والمالح . قال القاضي : وكذلك الأدهان . وقال : السمن ، والابن ، لزبد : يجوز السلم فيها كَيْلًا ووزنًا . ولا يسلم في اللّبا^(١) إلّا وَزَنًا . لأنه يجمّد عتيب حليبه فلا يتحقّق السكيل فيه .

٣١٧٩ (فصل) فإن كان المسلم فيه مما لا يمكن وزنه بالميزان لثقله ، كالآر حجارة والحجارة السكبار : يُوزَنُ بالسفينة ، فتترك السفينة في الماء ، ثم يُترك ذلك فيها ، فينظر إلى أي موضع تنغوص فيعلمه ، ثم يُرفع ، ويُترك مكانه رنلًا ، أو حجارة صغارًا إلى أن يبلغ الماء الموضع الذي كان بلغه ، ثم يُوزَنُ بميزان . فما بلغ فهو وزنه ذلك الشيء الذي أريد معرفة وزنه^(٢) .

٣١٨٠ (فصل) ولا بدّ من تقدير المذروع بالذرع ، بغير خلاف نعلمه ، قال ابن المنذر : أجمع كلّ من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز في الثياب بذرع معلوم .

(١) اللبا : أول اللبن الذي ينزل بعد الولادة .

(٢) لم يكن في عصر المؤلف موازين كبيرة كالوجود الآن ولذلك كانوا يلجئون إلى السفينة ، وهي طريقة عظيمة بالنسبة إلى أيامهم .

٣١٨١ (فصل) وما عدا المسكيل ، والموزون ، والحيوان ، والمذروع ، فعلى ضربين : معدود وغيره . فالمعدود نوعان :

أحدهما : لا يتباين كثيراً ، كالـوز ، والبيض ، ونحوهما . فيُسَلَّمُ فيه عدداً . وهو قول أبي حنيفة ، والأوزاعي . وقال الشافعي : يُسَلَّمُ فيهما كيلاً ، أو وَزناً . ولا يجوز عدداً . لأن ذلك يتباين ، ويختلف . فلم يجوز عدداً كالبطيخ .

ولنا : أن التفاوت يسير ، ويذهب ذلك باشتراط الكبير ، أو الصَّغَر ، أو الوَسْط . فيذهب التفاوت . وإن بقي شيء يسير عُنِيَ عنه ، كسائر التفاوت في المسكيل ، والموزون المعفو عنه . وبُغَارِقِ البطيخ . فإنه ليس بمعدود ، والتفاوت فيه كثير لا ينضبط .

النوع الثاني : ما يتفاوت كالرمان ، والسفرجل ، والقثاء ، والخيار ، فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ ، والبقول . ففيه وجهان :

أحدهما : يُسَلَّمُ فيه عدداً ، وينضبطه بالصَّغَر ، والكَبَر . لأنه يباع هكذا .
الثاني : لا يُسَلَّمُ فيه إلا وَزناً . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي . لأنه لا يمكن تقديره بالعدد ، لأنه يختلف كثيراً ، ويتباين جداً ، ولا بالكيل لأنه يتجافى في المكيال ، ولا يمكن تقدير البقول بالحزم . لأنه يختلف ، ويمكن حَزْمُ الكبيرة ، والصغيرة ، فلم يمكن تقديره بغير الوزن فتعين تقديره به .

٣١٨٢ « مسألة » قال ﴿ إلى أجل معلوم بالأهلة ﴾

وهذا الشرط الرابع . وهو أن يكون مؤجلاً ، أجلاً معلوماً . وفي هذه المسألة فصول ثلاثة :
أحدها : أنه يشترط لصحة السلم كونه مؤجلاً . ولا يصح السلم الحال . قال أحمد في رواية المروزي : لا يصح حتى يشترط الأجل وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والأوزاعي . وقال الشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر : يجوز السلم حالاً . لأنه عقد يصح ، مؤجلاً . فصح حالاً ، كبيعوع الأعيان ، ولأنه إذا جاز مؤجلاً خالاً أجوز ، ومن الفرار أبعد .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَفَ فِي شَيْءٍ فَلْيُؤْسِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزَنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » فأمر بالأجل . وأمره يقتضي الوجوب . ولأنه أمر بهذه الأمور تبيناً لشروط السلم ، ومنعاً منه بدونها . وكذلك لا يصح إذا انتفى الكيل ، والوزن . فكذلك الأجل ، ولأن السام إنما جاز رخصة للرفق ، ولا يحصل الرفق إلا بالأجل . فإذا انتفى الأجل انتفى الرفق . فلا يصح كالكتابة ، ولأن الحلول يُخرجه عن اسمه ، ومعناه . أما الاسم فلا يُسمى سَلَمًا وسَلَفًا ، لتعجل أحد العوضين وتأخر الآخر . ومعناه ما ذكرناه في أول الباب ، من أن الشارع أَرَخَصَ فيه للحاجة الداعية

إليه ، ومع حضور ما يبيعه حالاً لا حاجة إلى السلم . فلا يثبت . ويُفارق تنوع الأعيان . فإنها لم تثبت على خلاف الأصل لمعنى يختص بالتأجيل . وما ذكره من التنبيه غير صحيح . لأن ذلك إنما يجزى فيما إذا كان المعنى المقتضى موجوداً في الفرع ، بصفة التأكيد . وليس كذلك ههنا . فإن البعد من الضرر ليس هو المقتضى لصحة السلم المؤجل . وإنما الصحيح له شيء آخر . لم نذكر اجتماعهما فيه . وقد بينا افتراقهما .

إذا ثبت هذا : فإنه إن باعه ما يصح السلم فيه حالاً في الذمة صح . ومعناه معنى السلم . وإنما افتراقا في اللفظ .

الفصل الثاني : أنه لا بد من كون الأجل معلوماً . لقوله تعالى (٢ : ٢٨٢) إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى (وقول النبي صلى الله عليه وسلم « إلى أجل معلوم ») ولا نعلم في اشتراط العلم في الجملة اختلافاً . فأما كيفيته : فإنه يحتاج أن يعلمه بزمان بعينه ، لا يختلف . ولا يصح أن يؤجله بالحصار ، والجزاز وما أشبهه . وكذلك قال ابن عباس ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر . وعن أحمد رواية أخرى ، أنه قال : أرجو أن لا يكون به بأس . وبه قال مالك ، وأبو ثور . وعن ابن عمر « أنه كان يبتاع إلى العطاء » وبه قال ابن أبي ليلى . وقال أحمد : إن كان شيء يُعرف ، فأرجو ، وكذلك إن قال : إلى قدوم الغزاة ، وهذا محمول على أنه أراد وقت العطاء . لأن ذلك معلوم . فأما نفس العطاء فهو في نفسه مجهول يختلف ، ويتقدم ، ويتأخر . ويحتمل أنه أراد نفس العطاء ، لكونه يتفاوت أيضاً ، فأشبهه الحصاد . واحتج من أجاز ذلك : بأنه أجل يتماق بوقت من الزمن ، يُعرف في العادة ، لا يتفاوت فيه تفاوتاً كثيراً . فأشبهه إذا قال : إلى رأس السنة .

ولنا : ما روى عن ابن عباس أنه قال « لا تَدَّيْنُوا إِلَى الْحَصَادِ ، وَالِدِّ يَأْسٍ وَلَا تَقْبَايَعُوا إِلَّا إِلَى شَهْرِ مَعْلُومٍ » ولأن ذلك يختلف ، ويقرب ويبعد . فلا يجوز أن يكون أجلاً كقدوم زيد . فإن قيل : فقد روى عن عائشة أنها قالت « إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بَعَثَ إِلَى يَهُودِيٍّ : أَنْ ابْعَثْ إِلَيَّ بِثَوْبَيْنِ إِلَى الْمَيْسَرَةِ » .

قلنا : قال ابن المنذر : رواه جرير بن دُمَازة ، قال أحمد : فيه غفلة ، وهو صدوق ، قال ابن المنذر : فأخاف أن يكون من غفلاته ، إذ لم يُتابع عليه ، ثم لا خلاف في أنه لو جعل الأجل إلى الميسرة لم يصح .

٣١٨٣ (فصل) إذا جعل الأجل إلى شهر تعلق بأوله . وإن جعل الأجل اسماً يتناول شيتين ، كجمادى ، وربيع ، ويوم النفر تعلق بأولها . وإن قال : إلى ثلاثة أشهر كان إلى انقضائها . لأنه إذا

ذكر ثلاثة أشهر مُبَهَمَةٌ وجب أن يكون ابتداءها من حين لَفْظِهَا . وكذلك لو قال . إلى شهرٍ كان إلى (١) آخره . ويتصرف ذلك إلى الأشهر الهلالية ، بدليل قوله تعالى (٩ : ٣٦) إِنَّ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ ، مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ) وأراد الهلالية . وإن كان في أثناء شهرٍ كملنا شهرين بالهلال ، وشهراً بالعدد ثلاثين يوماً . وقيل : تكون الثلاثة كلها عددية . وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع . وإن قال : محله شهر كذا ، أو يوم كذا . صح ، وتعلق بأوله . وقيل : لا يصح . لأنه جعل ذلك طرِفاً فيجتملُ أوله وآخره . والصحيح الأول . فإنه لو قال لاسمائه : أنت طالق في شهر كذا تعلق بأوله . وهو نظيرُ مسائلنا . فإن قيل : الطلاق يتعلق بالأخطار ، والأغترار ، ويجوزُ تعليقه على مجهول ، كنزول المطر ، وقدم زيد ، بخلاف مسائلنا .

قلنا : إلا أنه إذا جعل محله في شهر تعلق بأوله . فلا يكون مجهولاً ، وكذا السلم .
 ٣١٨٤ (فصل) ومن شرط الأجل : أن يكون مُدَّةً لها وقع في الثمن ، كالشهر ، وما قاربه ، وقال أصحاب أبي حنيفة . لو قدره بنصف يومٍ جاز . وقدره بمضهم بثلاثة أيام ، وهو قول الأوزاعي . لأنها مدة يجوز فيها خيار الشرط . ولأنها آخرُ حدِّ القِلَّةِ . ويتعلق بها عندهم بإباحة رخص السفر . وقال الآخرون : إنما اعتبر التأجيل . لأن المسلم فيه معدومٌ في الأصل ، لكون السلم إنما ثبت رخصة في حق المفاليس . فلا بد من الأجل ليُحصَّل ، ويُسلم . وهذا يتحقق بأقلِّ مُدَّةٍ يُتصورُ تحصيله فيها . ولنا : أن الأجل إنما اعتبر ليتحقق المرفق الذي شرع من أجله السلم ، ولا يحصل ذلك بالمدة التي لا وقع لها في الثمن . ولا يصح اعتباره بمدة الخيار . لأن الخيار يجوز ساعة ، وهذا لا يجوز . والأجل يجوز أن يكون أعواماً . وهم لا يحيزون الخيار أكثر من ثلاث . وكونها آخر حدِّ القِلَّةِ لا يقتضي التقدير بها . وقولهم : إن المقصود يحصل بأقلِّ مُدَّةٍ : غير صحيح . فإن السلم إنما يكون لحاجة المفاليس الذين لهم نمار ، أو زروع ، أو تجارات ينتظرون حصولها ، ولا تحصل هذه في المدة البسيرة .
 الفصل الثالث : في كون الأجل معلوماً بالأهلة . وهو أن يُسلم إلى وقت يُعلم بالهلال ، نحو أول الشهر ، أو أوسطه ، أو آخره ، أو يومٍ معلومٍ منه . لقول الله تعالى (٢ : ١٨٩) يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ النَّاسِ وَالْحَجِّ) ولا خلاف في صحة التأجيل بذلك . ولو أسلم إلى عيد الفطر ، أو النحر ، أو يوم عرفة ، أو عاشوراء أو نحوها جاز . لأنه معلومٌ بالأهلة . وإن جعل الأجل مُقدَّراً بغير الشهور الهلالية فذلك قسمان :

(١) لفظ إلى ساقط من النسخة التي علقنا عليها ولم يبه عليها في الخطأ والصواب .

أحدها : ما يعرفه المسلمون . وهو بينهم مشهور ، ككانون ، وشباط ، أو عيد لا يختلف ، كالفيروز^(١) والمهرجان ، عند من يعرفهما . فظاهرُ كلام الخرقى وابن أبي موسى : أنه لا يصح . لأنه أسلم إلى غير الشهور الهلالية . أشبه إذا أسلم إلى الشعانين ، وعيد الفطير . ولأن هذه لا يعرفها كثير من المسلمين . أشبه ما ذكرنا ، وقال القاضي : يصح ، وهو قول الأوزاعي ، والشافعي . قال الأوزاعي : إذا أسلم إلى فصّح النَّصارى وصومهم جاز . لأنه معلوم لا يختلف . أشبه أعياد المسلمين ، وفارق ما يختلف . فإنه لا يعلمه المسلمون .

القسم الثاني : ما لا يعرفه المسلمون ، كعيد الشعانين ، وعيد الفطير ، ونحوها . فهذا لا يجوز السَّلم إليه . لأن المسلمين لا يعرفونه ، ولا يجوز تقليد أهل الذمة فيه . لأن قولهم غير مقبول . ولأنهم يقدّمونه ، وبؤخرونه على حساب لهم ، لا يعرفه المسلمون . وإن أسلم إلى ما لا يختلف ، مثل كانون الأول ، ولا يعرفه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح . لأنه مجهول عنده^(٢) .

« مسألة » قال ﴿ موجوداً عند محله ﴾

هذا الشرط الخامس . وهو كون المُسلم فيه عامّ الوجود في محله . ولا نعلم فيه خلافاً . وذلك لأنه إذا كان كذلك أمكن تسليمه عند وجوب تسليمه . وإذا لم يكن عامّ الوجود لم يكن موجوداً عند المحلِّ بحكم الظاهر . فلم يُمكن تسليمه . فلم يصح بيعه ، كبيع الآبق ، بل أولى . فإن السلم احتُمِل فيه أنواع من الفرر للحاجة ، فلا يَحْتَمِل فيه غرر آخر ، لثلاث يكثر الفرر فيه . فلا يجوز أن يُسلم في العنب ، والرطب ، إلى شباط ، أو آذار ، ولا إلى محلٍّ لا يُعلم وجوده فيه ، كزمان أول العنب ، أو آخره ، الذي لا يوجد فيه إلا نادراً . فلا يؤمن انقطاعه .

٣١٨٥ (فصل) ولا يجوز أن يُسلم في ثمرة بُستان بعينه ، ولا قرية صغيرة ، لكونه لا يؤمن تلقه ، وانقطاعه . قال ابن المنذر : إبطال السلم إذا أسلم في ثمرة بُستان بعينه كالإجماع من أهل العلم . ومَن حَفَظْنَا عنه ذلك : الثوري ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي وأصحاب الرأي ، وإسحاق . قال : وَرَوَيْنَا عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « أَنَّهُ أَسْلَفَ إِلَيْهِ رَجُلٌ مِنَ الْيَهُودِ دَنَائِيرَ فِي تَمْرٍ مُسَمًّى . فَقَالَ الْيَهُودِيُّ : مِنْ تَمْرٍ حَاطِطٍ بَنِي فَلَانَ . فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَمَّا مِنْ حَاطِطٍ بَنِي فَلَانَ فَلَا . وَلَكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى » رواه ابن ماجه وغيره . ورواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم ، وقال : أجمع

(١) النيروز : أول يوم في السنة ، والمهرجان يوم احتفال عند الفرس معروف .

(٢) الدار على أن يكون الموعد معلوماً ، كما ورد في الحديث (إلى أجل معلوم) وتحديد المؤلف للمعلوم وغير المعلوم بحسب أيامه ، أما الآن فأصبحت كل هذه المجهولات معلومة . فيصح السلم بها .

الناسُ على الكراهة لهذا البيع . ولأنه إذا أسلم في ثمرة بُسْتَانٍ بعينه لم يُؤْمَنَ انقطاعه ، وتلفه . فلم يصح ، كما لو أسلم في شيء قدره بمكيالٍ مُعَيَّن ، أو صَنْجَةٍ مُعَيَّنَةٍ ، أو أَحْضَرَ خِرْقَةً وقال : أسلمتُ إليك في مثل هذه .

٣١٨٦ (فصل) ولا يُشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم ، بل يجوز أن يُسلم في الرطب في أو ان الشتاء ، وفي كلِّ يومٍ مُتَدَوِّمٍ إذا كان موجوداً في المَحَلِّ . وهذا قول مالك ، والشافعي وإسحاق وابن المنذر ، وقال الثوري ، والأوزاعي ، وأصحابُ الرأي : لا يجوز ، حتى يكون جنسه موجود حال العقد إلى حين المَحَلِّ . لأنَّ كلَّ زمنٍ يجوز أن يسكون محلاً للمسلم فيه لموت المسلم إليه . فاعتبر وجوده فيه كالمحلِّ .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « قَدِمَ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسَلِّفُونَ فِي الثَّيَّارِ السَّنَةَ وَالسَّنَتَيْنِ ، فَقَالَ : مَنْ أَسْلَفَ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ولم يذكر الوجود . ولو كان شرطاً لذكره ، ولنهام عن السلف سنتين . لأنه يلزم منه انقطاع المسلم فيه ، أو سَطَّ السَّنة . ولأنه يثبت في الذمة ، ويوجد في محله غالباً . فجاز السلم فيه ، كالموجود . ولا نسلم أن الدين يُحلُّ بالموت . وإن سلمنا فلا يلزم أن يشترط ذلك الوجود ، إذ لو لزم أفضى إلى أن تكون آجالُ السلم مجهولة . والمحلُّ ما جملة المتعاقدان محلاً . وههنا لم يَحْمَلَاهُ .

٣١٨٧ (فصل) إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند الحلِّ إما لفيبة المسلم إليه ، أو عجزه عن التسليم ، حتى عُدِمَ المسلم فيه ، أو لم تحمِلِ الثمارُ تلك السنة . فالمسلم بالخيار بين أن يصبر إلى أن يوجد ، فيطالب به ، وبين أن يفسخ العقد ، ويرجع بالثمن إن كان موجوداً أو بمثله إن كان مثلياً ، وإلا فيمته . وبه قال الشافعي ، وإسحق ، وابن المنذر ، وفيه وجه آخر : أنه يفسخ العقد بنفس التمهذر . لكون المسلم فيه من ثمرة العام بدليل وجوب التسليم منها ، فإذا هلكت انفسخ العقد ، كما لو باعه قفيزاً من صبرة فهلكت والأول الصحيح . فإن العقد قد صح . وإنما تعذر التسليم ، فهو كما لو اشترى عبداً ، فأبق قبل القبض ، ولا يصحُّ دعوى التعمين في هذا العام . فإهما لو تراضيا على دفع المسلم فيه من غيرها جاز . وإنما أجبر على دفعه من ثمرة العام ، لتمكينه من دفع ما هو بصفة حقّه ، ولذلك يجب عليه الدفع من ثمرة نفسه ، إذا وجدها ولم يجد غيرها . وليست متعينة ، وإن تعذر البعض فلا يشتري الخيار بين الفسخ في الكل والرجوع بالثمن ، وبين أن يصبر إلى حين الامكان ، ويطالب بحقه . فإن أحبَّ الفسخ في المفقود دون الموجود فله ذلك . لأن الفساد طراً بمد صحة العقد . فلا يوجب الفساد في الكل . كما لو باعه صبرتين فتلفت إحداها . وفيه وجه آخر : ليس له الفسخ إلا في الكل أو يصبر على ما ذكرنا من الخلاف في

الإقالة في بعض السلم فيه . وإن قلنا : إن الفسخ يثبت بنفس التعذر انفسخ في المفقود دون الموجود ، لما ذكرنا من أن الفساد الطارئ على بعض المعقود عليه لا يوجب فساد الجميع . ويثبت للمشتري خيار الفسخ في الموجود ، كما ذكرنا في الوجه الأول .

٣١٨٨ (فصل) إذا أسلم نصراني إلى نصراني في سخر ثم أسلم أحدهما . فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المسلم يأخذ دراهمه . كذلك قال الثوري ، وأحمد ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وبه نقول . لأنه إن كان المسلم المسلم ، فليس له استيفاء الخمر : فقد تعذر استيفاء المعقود عليه . وإن كان المسلم إليه فقد تعذر عليه إيفاؤها . فصار الأمر إلى رأس ماله .

٣١٨٩ « مسألة » قال ﴿ ويقبض الثمن كاملاً وقت السلم قبل التفريق ﴾ .

هذا الشرط السادس : وهو أن يقبض رأس مال السلم : في مجلس العقد . فإن تفرقا قبل ذلك بطل العقد . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وقال مالك : يجوز أن يتأخر قبضه يومين ، وثلاثة وأكثر ، ما لم يكن ذلك شرطاً . لأنه معاوضة لا يخرج بتأخير قبضه من أن يكون سلفاً . فأشبهه ماله تأخر إلى آخر المجلس .

ولذا : أنه عقد معاوضة لا يجوز فيه شرط تأخير العوض المطلق . فلا يجوز التفريق فيه قبل القبض ، كالصرف . ويفارق المجلس ما بعده ، بدليل الصرف . وإن قبض بعده ثم تفرقا . فكلام الخري : يقتضي أن لا يصح . لقوله « كاملاً » وحكي ذلك عن ابن شبرمة ، والثوري . وقال أبو الخطاب : هل يصح في غير المقبوض ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفقة . وهذا الذي يقتضيه مذهب الشافعي . وقد نص أحمد في رواية ابن منصور : إذا أسلم ثلاثمائة درهم في أصناف شتى : مائة في حنطة ، ومائة في شعير ، ومائة في شيء آخر . فخرج فيها زبوف : رد على الأصناف الثلاثة على كل صنف بقدر ما وجد من الزبوف فصحت العقد في الباقي ، بحصته من الثمن ، وقال الشريف أبو جعفر ، فيمن أسلم ألفاً إلى رجل فقبضه نصفه ، وأحاله بنصفه ، أو كان له دين على المسلم إليه بقدر نصفه ، لحسبه عليه من الألف ، فإنه يصح السلم في النصف المقبوض ، ويبطل في الباقي . فأبطل السلم فيما لم يقبض ، وصححه فيما قبض . وحكي عن أبي حنيفة أنه قال : يبطل في الحوالة في الكل . وفي المسألة الأخرى : يبطل فيما لم يقبض . وبصح فيما قبض بقسطه ، بناء على تفريق الصفقة .

٣١٩٠ (فصل) وإن قبض الثمن ، فوجده رديئاً ، فردّه ، والثمن معين بطل العقد برده . ويتبدل العقد آخر إن أحبب . . وإن كان في الذمة فله إبداله في المجلس ، ولا يبطل العقد برده لأن العقد إنما وقع على

ثمنٍ سليمٍ . فإذا دفع إليه ما ليس بسليم كان له المطالبة بالسليم . ولا يؤثر قبضُ المعيب في العقد . وإن تفرقا ، ثم علم عيبه ، فردّه ، ففيه وجهان :

أحدهما : يبطل العقد برده ، لوقوع القبض بعد التفرق . ولا يجوز ذلك في السلم .

والثاني : لا يبطل . لأن القبض الأول كان صحيحاً بدليل ما لو أمسكه ، ولم يرده . وهذا يدل على المقبوض ، وهذا قول أبي يوسف ، ومحمد . وهو أحد قولي الشافعي . واختيار المزني . لكن من شرطه : أن يقبض البطل في مجلس الرد . فإن تفرقا عن مجلس الرد قبل قبض البطل لم يصح ، وجهاً واحداً ، نلوا العقد عن قبض الثمن بعد تفرقهما ، وإن وجد بعض الثمن ردنياً فردّه في المردود التفصيل الذي ذكرناه ، وهل يصح في غير الرديء إذا قلنا بفساده في الرديء ؟ على وجهين ، بناء على تفريق الصفة .

٣١٩١ (فصل) وإن خرجت الدراهم مستحقةً والثمن معين ، لم يصح العقد . قال أحد : إذا خرجت الدراهم مسروقة ، فليس بينهما بيع . وذلك لأن الثمن إذا كان معيناً فقد اشترى بعين مال غيره ، بغير إذنه ، وإن كان غير معين فله المطالبة ببطله ، في المجلس ، وإن قبضه ، ثم تفرقا ، بطل العقد . لأن المقبوض لا يصلح عوضاً ، فقد تفرقا قبل أخذ الثمن ، إلا على الرواية التي تقول : بصحة تصرف الفضولي . وإن وجد بمضه مستحقاً . بطل في ذلك البعض ، وفي الباقي وجهان ، بناء على تفريق الصفة .

٣١٩٢ (فصل) إذا كان له في ذمة رجل دينار ، فجعله سلفاً في طعام إلى أجل لم يصح ، قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من أحفظ عنه من أهل العلم . منهم مالك ، والأوزاعي ، والثوري ، وأحمد ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، والشافعي ، وعن ابن عمر أنه قال : لا يصح ذلك . وذلك لأن المسلم فيه دين . فإذا جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين . ولا يصح ذلك بالإجماع ، ولو قال : أسلمت إليك مائة درهم في كره^(١) طعام ، وشرطاً أن يعجل له منها خمسين ، وخمسين إلى أجل . لم يصح العقد في الكل على قول الخيرقي ، ويخرج في صحته في قدر المقبوض وجهان ، بناء على تفريق الصفة .

أحدهما : يصح . وهو قول أبي حنيفة .

والثاني : لا يصح . وهو قول الشافعي : وهو أصح . لأن للمعجل فضلاً على المؤجل . فيقتضي أن يسكون في مقابلته أكثر مما في مقابلة المؤجل . والزيادة مجبولة ، فلا يصح .

٣١٩٣ « مسألة » قل (ومتى عدم شيء من هذه الأوصاف بطل) .

وجملة ذلك : أن هذه الأوصاف الستة التي ذكرها لا يصح السلم إلا بها ، وقد دللنا على ذلك . واختلفت الرواية في شرطين آخرين .

(١) السكر : أربعون أردبا .

أحدهما : مَعْرِفَةُ صِفَةِ الثَمَنِ الْمَعِينِ ، ولا خلاف في اشتراط معرفة صِفَتِهِ ، إذا كان في الذمّة . لأنه أحدُ عَوَضِي السَّلَمِ . فإذا لم يكن مُعَيَّنًا اشترط معرفة صفته ، كما سَلِمَ فيه ، إلّا أنّه إذا أطلق وفي البلد نقد مُعَيَّن انصرف الإطلاق إلىه ، وقام مقام وصفه ، فأما إن كان الثمن مُعَيَّنًا . فقال القاضي ، وأبو الخطاب ، لا بدّ من معرفة وصفه . واحتجّا بقول أحمد : يقول : أسلمتُ إليك كذا ، وكذا درهما ، ويصف الثمن ، فاعتبر ضبط صفته . وهذا قول مالك ، وأبي حنيفة . لأنه عقد لا يملك إتمامه في الحال . ولا تسليم المفقود عليه . ولا يُؤْمَنُ انفساخُه . فوجب معرفة رأس السَلَمِ فيه ، ليردّ بدله ، كالقرض ، والشركة . ولأنّه لا يؤمّن أن يظهر بعض الثمن مُسْتَحَقًّا فينفسخ العقد في قدره . فلا يدري في كم بقي ، وكم انفسخ ؟

فإن قيل : هذا موهوم ، والموهومات لا تعتبر .

قلنا : التوهم مُعْتَبَرٌ ههنا . لأن الأصل عدم الجواز . وإلّا جَوَزَ إذا وقع الأمن من الفرر . ولم يوجد ههنا . بدليل ما إذا أسلم في ثمرة بُسْتَانٍ بَعِيْنِهِ ، أو قَدَرِ السَّلَمِ فيه بِصَنْجَةٍ ، أو مِكْيَالٍ مُعَيَّنٍ ، فإنه لا يصحّ . وظاهرُ كلام الخِرَاقِي : أنّه لا يُشترط . لأنه ذكر شرائط السلم ، ولم يذكره ، وهو أحدُ قول الشافعيّ . لأنه عَوَضٌ مُشَاهِدٌ ، فلم يحتج إلى معرفة قدره ، كبيع الأعيان . وكلام أحمد إنما تناول غير المعين ، ولا خلاف في اعتبار أوصافه . ودليلهم ينتقض بعقد الإجارة ، وأنه يفسخ بتلف العين المستأجرة . ولا يحتاج مع اليقين إلى معرفة الأوصاف ، ولأن ردّ مثل الثمن إنّما يُسْتَحَقُّ عند فسخ العقد لا من جهة عقده ، وجهالة ذلك لا تؤثر ، كما لو باع المكيالَ ، أو الموزونَ . ولأنّ العقد تمت شرائطه . فلا يبطل بأمر موهوم ، فعلى القول الذي يُعْتَبَرُ صِفَاتِهِ : لا يجوز أن يجعل رأس مال السلم مالا يُمكن ضبط صفاته ، كالجواهر ، وسائر مالا يجوز السَلَمُ فيه : فإن جعلاه سَلَمًا بطل العقد ، ويجب ردّه إن كان موجوداً ، وقيمتُه إن عُرِفَتْ إذا كان معدوماً . فإن اختلفا ، فالقول قول المُسَلِّمِ إليه . لأنه غارمٌ . وهكذا إن حكمنا بصحة العقد ، ثم انفسخ . وإن اختلفا في السَلَمِ فيه . فقال أحدهما : في مائة مُدِّي حِنْطَةٍ ، وقال الآخرُ . في مائة مُدِّي شعير تحالفا ، وتفاسخا به ، قال الشافعيّ ، وأبو ثور وأصحاب الرأي . كما لو اختلفا في ثمن المبيع .

٣١٩٤ (فصل) وكلّ مالين حرّم النّساءُ فيهما لا يجوزُ إسلامُ أحدهما في الآخر . لأنّ السَلَمَ من شرطه النّساءُ ، والتأجيلُ . والخِرَاقِيّ : منع بيع العروض بعضها ببعض نساء ، فعلى قوله لا يجوزُ إسلامُ بعضها في بعض ، وقال ابن أبي موسى : لا يجوز أن يكون رأسُ مال السَلَمِ إلّا عَيْنًا ، أو وَرَقًا ، وقال القاضي : وهو ظاهرُ كلام أحمد هاهنا . قال ابن المنذر . قيل لأحمد : يُسَلَّمُ ما يوزَنُ فيما يُكَالُ ، وما يُكَالُ فيما يُوزَنُ ؟ فلم يُعْجِبْهُ ، وعلى هذا لا يجوزُ أن يكون المُسَلِّمُ فيه ثَمًا . وهو قول أبي حنيفة : لأنها

(٢٩٢ - المفى - راجع)

لا تثبت في الذمة إلا نكاحاً . فلا تكون مضمّنة ، وعلى الرواية التي تقول يجوز النساء في العروض : يجوز أن يكون رأس مال السلم عرضاً ، كالنمن سواء . ويجوز إسلامها في الأمان قال الشريف أبو جعفر : يجوز السلم في الدراهم ، والدنانير . وهذا مذهب مالك ، والشافعي لأنها تثبت في الذمة صداقاً . فتثبت سلماً ، كالعروض . ولأنه لا ربا بينهما من حيث التفاضل ، ولا النساء . فصح إسلام أحدهما في الآخر ، كالعرض في العرض ، ولا يصح ما قاله أبو حنيفة . فإنه لو باع دراهم بدنانير صح . ولا بد أن يكون أحدهما مضمّناً . فعلى هذا إذا أسلم عرضاً في عرض موصوف بصفاته ، فجاءه عند الحلول بذلك العرض بعينه ، لزمه قبوله على أحد الوجهين . لأنه أنه بالمسلم فيه على صفته . فلزمه قبوله ، كما لو كان غيره .

والثاني : لا يلزمه . لأنه يفيض إلى كون الثمن هو الثمن ، ومن نصر الأول : قال : هذا لا يصح . لأن الثمن إنما هو في الذمة . وهذا عوض عنه ، وهكذا لو أسلم جارية صغيرة في كبيرة ، فحلّ المحل ، وهي على صفة المسلم فيه . فأحضرها ، فعلى احتمالين أيضاً :

أحدهما : لا يصح . لما ذكرنا . ولأنه يفيض إلى أن يكون قد استمتع بها ، وردّها خالية عن عقر . والثاني : يجوز . لأنه أحضر المسلم فيه على صفته ، ويبطل الأول بما إذا وجد بها غيباً فردّها . واختلف أصحاب الشافعي في هاتين المسألتين على هذين الوجهين ، وإن فعل ذلك حيلة لينتفع بالعين ، أو ليطلق الجارية ثم ، يردّها بغير عوض . لم يجز وجهاً واحداً . لأن الحيل كلها باطلة .

الشرط الثاني : المختلف فيه تعيين مكان الإيفاء . قال القاضي : ليس بشرط وحكاة ابن المنذر عن أحمد ، وإسحاق ، وطائفة من أهل الحديث ، وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وهو أحد قولي الشافعي ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فَلَيْسَ لِمَنْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ ، أَوْ وَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » ولم يذكر مكان الإيفاء . فدلّ على أنه لا يشترط ، وفي الحديث الذي فيه « أَنْ الْيَهُودِيَّ أَسْلَمَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ . فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَمَّا مَنْ حَاطَ بِبَنِي فُلَانٍ فَلَا ، وَلَسَكِنْ كَيْلٌ مُسَمًّى إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى » ولم يذكر مكان الإيفاء . ولأنه عقد معاوضة ، فلا يشترط فيه ذكر مكان الإيفاء ، كبيع الأعيان ، وقال النوري : يشترط ذكر مكان الإيفاء . وهو القول الثاني للشافعي ، وقال الأوزاعي : هو مكروه . لأن القبض يجب بحلوه . ولا يعلم موضعه حينئذ . فيجب شرطه ، لئلا يكون مجهولاً ، وقال أبو حنيفة ، وبعض أصحاب الشافعي : إن كان للحل مؤنة وجب شرطه ، وإلا فلا يجب . لأنه إذا كان للحل مؤنة اختلف فيه العرض ، بخلاف مالا مؤنة فيه . وقال ابن أبي موسى : إن كانا في بركة لزم ذكر مكان الإيفاء ، وإن لم يكونا في بركة ، فذكر مكان الإيفاء حسن . وإن لم يذكره كان الإيفاء في مكان العقد . لأنه متى كانا في بركة لم يمكن التسليم

في مكان العقد . فإذا ترك ذكره كان مجهولاً . وإن لم يكونا في بَرِّيَّةٍ اقتضى العقد التسليم في مكانه ، فاكتمل بذلك عن ذكره ، فإن ذكره كان تأكيداً ، فكان حسناً . فإن شرط الإيفاء في مكان سَوَاءٍ صحح لأنه عقدٌ ببيع . فصَحَّ شرطُ ذكر الإيفاء في غير مكانه ، كبُيُوع الأعيان . ولأنه شرط ذكر مكان الإيفاء فصَحَّ ، كما لو ذكره في مكان العقد . وذكر ابن أبي موسى روايةً أخرى : أنه لا يصح . لأنه شرط خلاف ما اقتضاه العقد . لأنَّ العقدَ يقتضي الإيفاء في مكانه . وقال القاضي وأبو الخطاب : متى ذَكَرَ مكانَ الإيفاء ففيه روايتان ، سواء شرطه في مكان العقد ، أو في غيره . لأنَّ فيه غَرَرًا . لأنه ربما تعذر تسليمه في ذلك المكان . فأشبهه تعيين المسكيات . واختاره أبو بكر . وهذا لا يصح فإنَّ في تعيين المكان غَرَضًا ، ومصلحةً لها . فأشبهه تعيين الزمان . وما ذكره من احتمال تعذر التسليم فيه ، يَبْطُلُ بتعيين الزمان . ثم لا يخلو إما أن يكون مقتضى العقد التسليم في مكانه . فإذا شرطه فقد شرط مقتضى العقد ، أو لا يكون ذلك مقتضى العقد . فيتعين ذكر مكان الإيفاء ، تنفيًا للجَهالة عنه ، وقطعًا للتنازع . فالغرض في تركه لا في ذكره ، وفارق تعيين المسكيات . فإنه لا حاجة إليه . ويفوتُ به عِلْمُ المقدار المُشترط لصحة العقد . ويُفَضَى إلى التنازع . وفي مسألة لا يفوتُ به شرط ، ويقطع التنازع : فاللهي المانعُ من التقدير بمكيال يعينه مجهولٌ هو المقتضى لشرط مكان الإيفاء ، فكيف يصحُّ قياسُهم عليه ؟

٣١٩٥ « مسألة » قال ﴿ وبيع المسلم فيه من بائعه ، أو من غيره قبل قبضه فاسدٌ . وكذلك الشركة فيه ، والتولية ، والحوالة به ، طامعاً كان أو غيره ﴾ .

أما بيعُ المسلم فيه قبل قبضه فلا نعلمُ في تحريمه خلافاً . وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعِ الطعام قبل قبضه ، وعن رِبْحِ مالم يُضْمَنْ . ولأنه مَبِيعٌ لم يدخل في صَاحِبِهِ . فلم يَجْزُ بيعُه كالطعام قبل قبضه . وأما الشركة فيه ، والتولية فلا تجوز أيضاً . لأنها بيعٌ على ما ذكرنا من قبلُ وبهذا قال أكثر أهل العلم . وحكى عن مالك جوازُ الشركة ، والتولية . لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيعِ الطعام قبل قبضه ، وأرخصَ في الشركة والتولية »

ولنا : أنَّ معاوضةً في المسلم فيه قبل القبض ، فلم يَجْزُ ، كما لو كانت بلفظ البيع ، ولأنهما نوعا بيع ، فلم يجوزا في السلم قبل قبضه ، كالنوع الآخر . والخبر لا نعرفه . وهو حجة لنا . لأنه نهى عن بيعِ الطعام قبل قبضه ، والشركة ، والتولية بيعٌ . فيدخلان في النهي . ويحمل قوله « وأرخصَ في الشركة والتولية » على أنه أرخصَ فيهما في الجَلَّةِ ، لا في هذا الموضع .

وأما الإقالة : فإنها فسخ ، وليست بيعاً .

وأما الحوالة به ، فغير جائزة ، لأن الحوالة إنما تجوزُ على دَيْنٍ مُستَقَرٍّ والسلمُ يعرضُ للفسخ فليس

بِشَيْءٍ : ولأنه نقل الملك في السلم فيه على غير وجه الفسخ ، فلم يجوز كالبيع . ومعنى الحوالة به : أن يكون لرجل طعام من سلم ، وعليه مثله من قرض ، أو سلم آخر ، أو بيع ، فيُحِيلُ بما عليه من الطعام على الذي له عنده السلم . فلا يجوز . وإن أحال المسلم إليه المسلم بالطعام الذي عليه ، لم يصح أيضاً . لأنه معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه . فلم يجوز ، كالبيع .

وأما بيع المسلم فيه من بائه ، فهو أن يأخذ غير ما أسلم فيه عوضاً عن المسلم فيه . فهذا حرام ، سواء كان المسلم فيه موجوداً ، أو معدوماً ، سواء كان العرض مثل المسلم فيه في القيمة ، أو أقل ، أو أكثر . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وذكر ابن أبي موسى عن أحد رواة أخرى فيمن أسلم في بُرٍّ ، فقدمه عند المحلِّ ، فرضى المسلم بأخذ الشعير مكان البرِّ : جاز . ولم يجوز أكثر من ذلك : وهذا يحمل على الرواية التي فيها أن البرِّ والشعير جنس واحد . والصحيح في المذهب خلافه . وقال مالك : يجوز أن يأخذ غير المسلم فيه مكانه بعهده ، ولا يؤخره ، إلا الطعام .

قال ابن المنذر : وقد ثبت أن ابن عباس قال « إذا أسلم^(١) في شيء إليّ أجل فإن أخذت ما أسلفت فيه وإلا فلا فتخذ عوضاً أنقص منه ، ولا ترهب مرتين » رواه سعيد في سننه .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يضره إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه ، ولأن أخذ العوض عن المسلم فيه بيع . فلم يجوز ، كبيع من غيره . فأما إن أعطاه من جنس ما أسلم فيه خيراً منه ، أو دونه في الصفات ، جاز ، لأن ذلك ليس ببيع ، إنما هو قضاء للحق مع تفضل من أحدهما .

٣١٩٦ (فصل) فأما الإقالة في السلم فيه فجازة . لأنها فسخ ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الإقالة في جميع ما أسلم فيه جائزة . لأن الإقالة فسخ للعقد ، ورفع له من أصله . وليست بيعاً . قال القاضي : ولو قال : لي عندك هذا الطعام صالحي منه على نمذه جاز . وكانت إقالة صحيحة . فأما الإقالة في بعض السلم فيه . فاختلف عن أحمد فيها . فروى عنه : أنها لا تجوز . ورؤيت كراهتها عن ابن عمر ، وسعيد بن المسيب ، والحسن ، وابن سيرين ، والنخعي ، وسعيد بن جبير ، وربيعة ، وابن أبي ليلى ، وإسحاق ، وروى حنبل عن أحمد . أنه قال : لا بأس بها ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وعطاء ، وطاوس ، ومحمد بن علي ، وحميد بن عبد الرحمن ، وعمرو بن دينار ، والحكم ، والثوري ،

(١) هكذا بالأصول ، وظاهر أن الأسلوب يقتضي أن يقال (إذا أسلمت في شيء) ولعل ذلك من تصحيف النساخ .

والشافعي، والنعمان، وأصحابه، وابن المنذر . ولأن الإقالة مندوب إليها . وكل معروف جاز في الجميع جاز في البعض، كالإبراء والإبطال .

ووجه الرواية الأولى : أن السلف في الغالب يُزاد فيه في الثمن من أجل التأجيل . فإذا أقاله في البعض بقي البعض بالباقي من الثمن ، وبمنفعة الجزء الذي حصلت الإقالة فيه . فلم يُجز ، كما لو اشترط ذلك في ابتداء العقد ، ويخرج عليه الإبراء ، والإبطال . فإنه لا يمتنع به شيء من ذلك .

٣١٩٧ (فصل) إذا أقاله رد الثمن إن كان باقياً ، أو مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن لم يكن مثلياً . فإن أراد أن يعطيه عوضاً عنه ، فقال الشريف أبو جعفر : ليس له صرف ذلك الثمن في عقد آخر حتى يقبضه . وبه قال أبو حنيفة . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » ولأن هذا مضمون على المسلم إليه بعقد السلم . فلم يُجز التعريف فيه قبل قبضه ، كما لو كان في يد المشتري ، وقال القاضي أبو يعلى : يجوز أخذ العوض عنه . وهو قول الشافعي . لأنه عوض مُستقر في الذمة . فجاز أخذ العوض عنه ، كما لو كان قرضاً . ولأنه مال عاد إليه بفسخ العقد . فجاز أخذ العوض عنه ، كالثمن في المبيع إذا فسخ . والمسلم فيه مضمون بالعقد . وهذا مضمون بعد فسخه . والخبر أراد به المسلم فيه . فلم يتناول هذا . فإن قلنا بهذا ، فحكمه حكم ما لو كان قرضاً ، أو ثمناً في بيع الأعيان ، لا يجوز جعله سلفاً في شيء آخر . لأنه يكون بيع دين بدين ، ويجوز فيه ما يجوز في الفرض ، وأثمان البياعات إذا فسخت .

٣١٩٨ « مسألة » قال (وإذا أسلم في جنسين ثمناً واحداً لم يُجز ، حتى يُبيّن ثمن كل جنس) صورة ذلك . أن يُسلم ديناراً واحداً في قفيز حنطة ، وقفيز شعير ، ولا يُبيّن ثمن الحنطة من الدينار ، ولا ثمن الشعير . فلا يصح ذلك . وجوز ماله . وللشافعي قولان كالمذهبين . واحتجوا بأن كل عقد جاز على جنسين في عقدين ، جاز عليهما في عقد واحد ، كبيع الأعيان ، وكما لو بيّن ثمن أحدهما .

ولنا : أن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول . فلم يصح ، كما لو عقد عليه مفرداً بثمن مجهول . ولأن فيه غرراً لأننا لا نأمن الفسخ بتعذر أحدهما ، فلا يعرف بم يرجع ؟ وهذا غرر أثر مثله في السلم . وبمثل هذا عللنا معرفة صفة الثمن ، وقدره ، وقد ذكرنا ثم وجه آخر : أنه لا يشترط . فيخرج ههنا مثله . لأنه في معناه . ولأنه لما جاز أن يُسلم في شيء واحد إلى أثنين ، ولا يُبيّن ثمن كل واحد منهما . كذا ههنا . قال ابن أبي موسى : ولا يجوز أن يُسلم خمسة دنانير وخمسين درهماً في كُر حنطة حتى يُبيّن حصة ما لسكل واحد منهما من الثمن ، والأولى صحة هذا . لأنه إذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منهما ، إن تعذر النصف ، رجع بنصفهما ، وإن تعذر الخمس رجع بدينار ، وعشرة دراهم .

٣١٩٩ « مسألة » قال ﴿ وإذا أسلم في شيء واحد على أن يقبضه في أوقات متفرقة أجزاء معلومة فجاز ﴾

قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : الرجل يدفع إلى الرجل الدراهم في الشيء يؤكل ، فيأخذ منه كل يوم من تلك السلعة شيئاً ؟ فقال : على معنى السلم إذا ؟ فقلت : نعم . قال : لا بأس ، ثم قال : مثل الرجل القصاب يعطيه الدينار على أن يأخذ منه كل يوم رطلاً من لحم قد وصفه . وبهذا قال مالك ، وقال الشافعي : إذا أسلم في جنس واحد إلى أجلين ففيه قولان : أحدهما : لا يصح . لأن ما يقابل أبعدهما أجلاً أقل مما يقابل الآخر . وذلك مجهول فلم يجز .

ولنا : أن كل بيع جاز في أجل واحد جاز في أجلين ، وآجال ، كبيع الأعيان ، فإذا قبض البعض ، وتعدّر قبض الباقي ففسخ العقد ، رجع بقسطه من الثمن . ولا يحمل للباقي فضلاً عن المقبوض . لأنه مبيع واحد ، متناول الأجزاء ، فيقسط الثمن على أجزائه بالسوية ، كما لو اتفق أجله .

٣٢٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا لم يكن السلم فيه كالحديد ، والرصاص ، وما لا يفسد ، ولا يختلف قديمه وحديثه . لم يكن عليه قبضه قبل تحمله ﴾

يعني بالسلم : السلم فيه ، سمي باسم المصدر ، كما يسمى السروق سرقة ، والرهون رهناً ، قال إبراهيم : خذ سلمك أو دون سلمك ، ولا تأخذ فوق سلمك ، ومتى أحضر المسلم فيه على الصفة المشروطة لم يتخل من ثلاثة أحوال : —

أحدها : أن يحضره في تحمله . فيلزمه قبوله . لأنه أتاه بحقه في تحمله . فلزمه قبوله كالبيع المعين ، وسواء كان عليه في قبضه ضرر ، أو لم يكن . فإن أتى قيل له : إما أن تقبض حقتك ، وإما أن تبريء منه . فإن امتنع قبضه الحاكم من المسلم إليه للمسلم ، وبرئت ذمته منه . لأن الحاكم يقوم مقام المعتنع بولايته . وليس له أن يبريء . لأنه لا يملك لإبراء .

الحال الثاني : أن يأتي به قبل تحمله فينظر فيه . فإن كان مما في قبضه قبل تحمله ضرر ، إما لكونه مما يتغير ، كالفاكهة ، والأطعمة كلها ، أو كان قديمه دون حديثه ، كالحبوب ، ونحوها . لم يلزم المسلم قبوله . لأن له غرضاً في تأخيرها بأن يحتاج إلى أكله ، أو إطعامه في ذلك الوقت ، وكذلك الحيوان . لأنه لا يأمن تلفه ، ويحتاج إلى الإنفاق عليه إلى ذلك الوقت . وربما يحتاج إليه في ذلك الوقت دون ما قبله . وهكذا إن كان مما يحتاج في حفظه إلى مؤنثة ، كالقطن ، ونحوه ، أو كان الوقت مخوفاً يخشى نهب ما يقبضه . فلا يلزمه الأخذ في هذه الأحوال كلها . لأن عليه ضرراً في قبضه . ولم يأت محل استحقاقه له . فجري مجرى نقص صفة فيه . وإن كان مما لا ضرر في قبضه . بأن يكون لا يتغير ، كالحديد ،

والرصاص ، والنحاس . فإنه يستوى قديمه وحديثه ، ونحو ذلك الزيت والعسل ، ولا في قبضه ضرراً
لخوف ، ولا تحتمل مؤنة . فمليه قبضه . لأن غرضه حاصل مع زيادة تمجّل المنفعة ، فخرى تجزى زيادة
الصفة ، وتمجّل الدين أنوّل .

الحال الثالث : أن يُحضّره بعد محلّ الوحوب . لحكمة حكم ما لو أحضر المبيع بعد نفرته قهما .

٣٢٠١ (فصل) ولا يخلو إما أن يُحضّر المسلم فيه على صفته ، أو دونها ، أو أجود منها . فإن
أحضره على صفته لزم قبوله . لأنه حقّه . وإن أتى به دون صفته لم يلزمه قبوله . لأن فيه إسقاط حقّه . فإن
تراضيا على ذلك ، وكان من جنسه جاز . وإن كان من غير جنسه لم يجز ، لما تقدّم . وإن اتفقا على أن
يعطيه دون حقّه ، ويزيده شيئاً لم يجز . لأنه أفرد صفة الجودة بالمبيع . وذلك لا يجوز . لأن بيع المسلم
فيه قبل قبضه غير جائز ، فبيع وصفه أولى .

الثالث : أن يُحضّره أجود من الموصوف ، فيُنظر فيه . فإن أتاه به من نوعه لزمه قبوله . لأنه
أتى بما تناوله العقد ، وزيادة تابعة له ، فينفعه ، ولا يضره ، إذ لا يفوته غرض . فإن أتى به من نوع
آخر ، لم يلزمه قبوله . لأن العقد تناول ما وصفاه على الصفة التي شرطها . وقد فات بعض الصفات ،
فإن النوع صفة . وقد فات . فأشبه ما لو فات غيره من الصفات ، وقال القاضى : يلزمه قبوله لأنها
جنس واحد ، يُضمُّ أحدهما إلى الآخر في الزكاة ، فأشبه الزيادة في الصفة مع اتفاق النوع . والأول أجود ،
لأن أحدهما يصالح لما لا يصلح له الآخر . فإذا فوته عليه ، فوت عليه الغرض المتملّق به . فلم يلزمه
قبوله ، كما لو فوت عليه صفة الجودة ، وهذا مذهب الشافعى . فإن تراضيا على أخذ النوع بدلاً عن
النوع الآخر جاز ، لأنهما جنس واحد ، لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً . ويُضمُّ أحدهما إلى الآخر
في الزكاة . فجاز أخذ أحدهما عن الآخر ، كالنوع الواحد ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يجوز له أخذه ،
للمعنى الذى منع ازوم أخذه ، وقال إبراهيم : لا تأخذ فوق سلك في كئيل ولا صفة .

ولنا : أنهما تراضيا على دفع المسلم فيه من جنسه . فجاز ، كما لو تراضيا على دفع الردى . مكان الجيد
أو الجيد مكان الردى . وبهذا ينقض ما ذكره ، فإنه لا يلزم أخذ الردى ، ويجوز أخذه . ولأن
المسلم أسقط حقه من النوع . فلم يبقَ بينهما إلا صفة الجودة ، وقد سمح بها صاحبها .

٣٢٠٢ (فصل) إذا جاءه بالأجود فقال : خذه ، وزدني درهماً . لم يصح . وقال أبو حنيفة .
يصح ، كما لو أسلم في عشرة ، فجاءه بأحد عشر .

ولنا : أن الجودة صفة ، فلا يجوز إفرادها بالعقد ، كما لو كان مكيلاً ، أو مؤزناً ، فإن
جاءه بزيادة في القدر ، فقال : خذه وزدني درهماً ، فملاً صح . لأن الزيادة ههنا يجوز إفرادها بالعقد .

٣٣٠٣ (فصل) وليس له إلا أقل ما تنفع عليه الصفة . لأنه إذا أسلم إليه ذلك فقد سلم إليه ما تناوله العقد ، فبرئت ذمته منه .

وعليه أن يسلم إليه الحنطة نقيّة من التبن ، والفصل ، والشعير ، ونحوه ، مما لا يتناولُه اسمُ الحنطة ، وإن كان فيه ثراب كثير ، يأخذ موضعاً من المسكيات ، لم يجز . وإن كان يسيراً ، لا يؤثر في المسكيات ، ولا يعيبها ، لزمه أخذه . ولا يلزمه أخذ التمر إلا جافاً ولا يلزم أن يقناهي جفافه ، لأنه يقع عليه الإسم ، ولا يلزمه أن يقبل معيباً بحال ، ومتى قبض المسلم فيه فوجده معيباً ، فله المطالبة بالبدل أو الأرش ، كالبيع سواء .

٣٣٠٤ (فصل) ولا يقبض المسكيل إلا بالمكيل ، ولا للموزون إلا بالوزن ، ولا يقبض جزافاً ، ولا بغير ما يُقدَّر به . لأن الكيل والوزن يختلفان . فإن قبضه بذلك ، فهو كقبضه جزافاً . فيقدره بما أسلم فيه ، وبأخذ قدر حقه ، وبرد الباقي ، ويطالب بالعيوض . وهل له أن يصرّ في قدر حقه منه قبل أن يعتمره ؟ على وجهين ، مضى ذكرهما في بيع الأعيان ، وإن اختلفا في قدره فالقول قول القابض مع يمينه . قال القاضي : ويسلم إليه ملء الكيل ، وما يحمله ، ولا يكون ممسوحاً ، ولا يدق ولا يهرز ، لأن قوله : أسلمت إليك في قيرز ، يقتضى ما يسلم الكيل ، وما يحمله . وهو ما ذكرنا .

٣٣٠٥ (مسألة) قال ﴿ ولا يجوز أن يأخذ رهناً ، ولا كفيلًا من المسلم إليه ﴾ . واختلفت الرواية في الرهن ، والضمين في السلم . فرأى المروزي ، وابن القاسم ، وأبو طالب منع ذلك ، وهو اختيار الخرق ، وأبو بكر ، ورؤيت كراهة ذلك عن علي ، وابن عمر ، وابن عباس ، والحسن ، وسعيد بن جبّير ، والأوزاعي ، وروى حنبل جوازَه . ورخص فيه عطاء ونجاشد ، وعمر بن دينار ، والحكم ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي وابن المنذر . لقول الله تعالى (يا أيّها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين — إلى قوله — فريهان مقبوضة) وقد روى عن ابن عباس ، وابن عمر . أن المراد به السلم . ولأن اللفظ عام . فيدخل السلم في عمومهِ . ولأنه أحد نوعي البيع . فجاز أخذ الرهن بما في الذمة منه ، كبيع الأعيان .

ووجه الأول : أن الرهن والضمين إن أخذ برأس مال السلم ، فقد أخذ بما ليس بواجب ، ولا مآلة إلى الوجوب . لأن ذلك قد ملكه المسلم إليه . وإن أخذ بالمسلم فيه ، فارهن إنما يجوز بشيء يمكن استيفاؤه من ثمن الرهن ، والمسلم فيه لا يمكن استيفاؤه من الرهن ، ولا من ذمة الضامن . ولأنه لا يأمن هلاك الرهن في يده بعدوان ، فيصير مستوفياً لحقه من غير المسلم فيه . وقد قال النبي

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » رواه أبو داود . ولأنه يُقِيمُ ما في ذِمَّة الضامنُ مقامَ ما في ذِمَّة المضمون عنه . فيكونُ في حكم أخذ العوض ، والبدل عنه ، وهذا لا يجوزُ .

٣٢٠٦ (فصل) فإن أخذ رهنا ، أو ضميئا بالمسلم فيه ، ثم تقابلا السلم ، أو فسخ العقد لتعذر المسلم فيه . بطل الرهن ، لزوال الدين الذي به الرهن ، وبرئ الضامن ، وعلى المسلم إليه ردُّ رأس مال السلم في الحال . ولا يُشترط قبضه في المجلس . لأنه ليس بعوض . ولو أقرضه ألفا وأخذ به رهنا ، ثم صالحه من الألف على طعام معلوم في ذمته صح ، وزال الرهن ، لزوال دينه من الذمة ، وبقي الطعام في الذمة ، ويُشترط قبضه في المجلس كيلا يكون بيع دين بدین . فإن تفرقا قبل القبض بطل الصلح ، ورجع الألف إلى ذمته برهنه . لأنه يعود على ما كان عليه ، كالمصير إذا تخمّر ، ثم عاد خلا . وهكذا لو صالحه عن الدرهم بدنانير في ذمته ، فالحكم مثل ما بينا في هذه المسألة .

٣٢٠٧ (فصل) وإذا حكمنا بصحة ضمان السلم ، فلصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، وأيهما قضاها برئت ذمتهما منه . فإن سلم المسلم إليه المسلم فيه إلى الضامن ليدفعه إلى المسلم جاز ، وكان وكيلًا . وإن قال : خذه عن الذي ضمانت عني لم يصح ، وكان قبضا فاسدا مضمونا عليه . لأنه إنما استحق الأخذ بعهد الوفاء ، فإن أوصله إلى المسلم برئ ، بذلك . لأنه سلم إليه ما سلطه المسلم إليه في التصرف فيه . وإن أئلفه فعليه ضمانه . لأنه قبضه على ذلك . وإن صالح المسلم الضامن عن المسلم فيه بثمنه لم يصح . لأن هذا إقالة . فلا يصح من غير المسلم إليه ، وإن صالحه المسلم إليه بثمنه صح ، وبرئت ذمته ، وذمة الضامن . لأن هذا إقالة . وإن صالحه على غير ثمنه لم يصح ، لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض .

٣٢٠٨ (فصل) والذي يصح أخذ الرهن به كل دين ثابت في الذمة بصح استيفائه من الرهن ، كأئمان البياعات ، والأجرة في الإجازات ، والمهر ، وعوض الخلع ، والقرض ، وأرث الجنایات ، وقيم المتلفات ، ولا يجوز أخذ الرهن بما لبس بواجب ، ولا ماله إلى الوجوب ، كالدبة على العاقلة قبل الحول . لأنها لم تجب بعد ، ولا يعلم إفضاؤها إلى الوجوب . فإنهم لو جئوا ، أو افتقروا ، أو ماتوا لم تجب عليهم . فلا يصح أخذ الرهن بها . فأما بعد الحول فيجوز أخذ الرهن بها . لأنها قد استقرت في ذمتهم ، ويحتمل جواز أخذ الرهن بها قبل الحول . لأن الأصل بقاء الحياض ، واليسار والعقل ، ولا يجوز أخذ الرهن بالجلع في الجعالة قبل العمل . لأنه لم يجب ، ولا يعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وقال القاضي : يحتمل أخذ الرهن به . لأن ماله إلى الوجوب ، وال لزوم ، فأنشبت أئمان البياعات ، والأولى أولى . لأن

إفضاءها إلى الوجوب مُحْتَمَلٌ . فأشبهت الدَّيَّة قبل الحول . ويجوز أخذ الرهن به بعد العمل . لأنه قد وجب ، ولا يجوز أخذ الرهن بمال الكِتَابَةِ . لأنه غير لازم ، فإنَّ للعبد تَعَجُّيزَ نفسه ، ولا يمكنُ استيفاء دينه من الرهن . لأنه لو عجز صار الرهنُ للسيِّد . لأنه من جُملة مال المكاتب ، وقال أبو حنيفة : يجوز .

ولنا : أنها وثيقة لا يمكنُ استيفاء الحق منها ، فلم يصح ، كغلمان الخمر . ولا يجوز أخذ الرهن بِعَوَضِ السَّابِقَةِ . لأنها جَمَالَةٌ ولم يُعلم إفضاؤها إلى الوجوب . لأنَّ الوجوب إنما يثبت بِسَبْقِ غير المُخْرَج . وهذا غيرُ معلوم ، ولا مَظَنُونٍ ، وقال بعضُ أصحابنا : فيها وجهان ، هل هي إجارة ، أو جَمَالَةٌ ؟ فإن قلنا : هي إجارة جاز أخذُ الرهن بِعَوَضِها . وقال القاضي : إن لم يكن فيها مُحْتَمَلٌ فهي جَمَالَةٌ . وإن كان فيها مُحْتَمَلٌ فعلى وجهين . وهذا كله بعيد ، لأنَّ الجُمْل ليس هو في مقابلة العمل . بدليل أنه لا يستحقُّه إذا كان مسبوقةً . وقد عمل العمل ، وإنما هو عَوَضٌ عن السَّبْقِ . ولا تُعلم القدرة عليه . ولأنَّه لا فائدة للجاعِل فيه ، ولا هو مُرادُّ له ، وإذا لم تكن إجارة مع عدم المُحَالِّ فع وجوده أولى . لأنَّ مُستحقَّ الجُمْل هو السابق ، وهو غيرُ معيَّن . ولا يجوز استئجار رجلٍ غير مُعيَّن . ثم لو كانت إجارة لكان عَوَضُها غيرَ واجب في الحال ، ولا يُعلمُ إفضاؤه إلى الوجوب ، ولا يُظَنُّ . فلم يجوز أخذُ الرهن به ، كالجُمْل في ردِّ الآبق ، واللَّعْطَةِ ، ولا يجوز أخذُ الرهن بِعَوَضِ غير ثابت في الدَّيَّة ، كالثلث للمعِين والأجرة المعيّنة في الإجارة ، وللمقوِّد عليه في الإجارة إذا كان منافع مُعيَّنة مثلُ إجارة الدار ، والعبد للمعِين ، والجمل للمعِين ، مُدَّة معلومة ، أو لحلِّ شيء معيَّن إلى مكان معلوم . لأنَّ هذا حقٌّ تعلَّق بالمعِين لا بالدَّيَّة . ولا يمكنُ استيفاءه أحقَّ من الرهن . لأنَّ منفعة المعِين لا يمكنُ استيفاءها من غيرها . وتبطل الإجارة بتلف المعِين . وإن وقعت الإجارة على منفعة في الدَّيَّة ، كخِيَاطَةِ ثوب ، وبناء دار ، جاز أخذُ الرهن به . لأنه ثابتٌ في الدَّيَّة ، ويمكنُ استيفاءه من الرهن ، بأن يستأجر من ثمنه من يَمْعَلُ ذلك العمل ، فجاز أخذُ الرهن به ، كالدين . ومذهبُ الشافعي في هذا كله كما قلنا .

٣٣٠٩ (فصل) فأما الأعيانُ المضمونة ، كالصوب ، والفوارى ، والمقبوضِ ببيع فاسدٍ ، والمقبوض على وجه السَّوْمِ ، ففيها وجهان :

أحدهما : لا يصحَّ الرهن بها . وهو مذهبُ الشافعي . لأنَّ الحقَّ غيرُ ثابت في الدَّيَّة . فأشبه ما ذكرنا . ولأنَّه إن رهنه على قيمتها إذا تلفت ، فهو رهنٌ على ما ليس بواجب . ولا يُعلم إفضاؤه إلى الوجوب ، وإن أخذ الرهن على عينها لم يصح . لأنه لا يمكنُ استيفاء عينها من الرهن . فأشبه أمان البياعات المتعينة . والثاني : يصحَّ أخذُ الرهن بها . وهو مذهبُ أبي حنيفة . وقال : كلُّ عَيْنٍ كانت مضمونةً بنفسها

جاز أخذُ الرهن بها ، يريد ما يُضمن بمثله ، أو قيمته ، كالمبيع . يجوزُ أخذُ الرهن به . لأنه مضمون بفساد العقد لأن مقصود الرهن الوثيقة بالحق . وهذا حاصل . فإن الرهن بهذه الأعيان يحملُ الرهن على أدائها . وإن تعذر أدائها استوفى بدلها من ثمن الرهن . فأشبهت الدين في الذمة .

٣٢١٠ (فصل) قال القاضي : كل ما جاز أخذُ الرهن به جاز أخذُ الضمين به . وما لم يجوزُ الرهن به لم يجوزُ أخذُ الضمين به ، إلا ثلاثة أشياء : عهدةُ المبيع ، يصح ضمها ولا يصح الرهن بها ، والكتابةُ لا يصح الرهنُ بدئسها ، وفي ضمائها روايتان . وما لم يجب لا يصح الرهنُ به ، وبصح ضمائه . والفرق بينهما من وجهين :

أحدهما : أن الرهن بهذه الأشياء يُبطل الإرفاق . فإنه إذا باع عبده بألفٍ ودفعَ رهنًا يساوي ألفًا ، فكأنه ما قبض الثمن ، ولا ارتفق به ، والمكاتبُ إذا دفع ما يساوي كتابته ، فما ارتفق بالأجل . لأنه كان يمكنه بيعُ الرهن ، أو بقاء الكتابة ، ويستريحُ من تعطيل منافع عبده ، والضمانُ بخلاف هذا . الثاني : أن ضرر الرهن يعمُ . لأنه يدوم بقاؤه عند المشتري ، فيمنعُ البائع التصرفَ فيه ، والضمانُ بخلافه .

٣٢١١ (فصل) إذا اختلف المسلم ، والمسلم إليه في حلول الأجل ، فالقولُ قولُ المسلم إليه . لأنه منكر . وإن اختلفا في أداء المسلم فيه ، فالقولُ قولُ المسلم ، لذلك . وإن اختلفا في قبض الثمن ، فالقولُ قولُ المسلم إليه ، لذلك . وإن اختلفا عليه ، وقال أحدهما : كان في المجلس قبل التفريق ، وقال الآخرُ : بعده ، فالقولُ قولُ من يدعى القبض في المجلس لأن معه سلامةَ العقد . وإن أقام كل واحد منهما بينةً بموجب دعواه ، قدمت أيضًا بينته . لأنها مُثبتة ، والأخرى نافية .

باب القرض

والقرض نوع من السلف . وهو جائز بالسنة ولإجماع . أما السنة . فروى أبو رافع « أن النبي صلى الله عليه وسلم استلفَ من رجلٍ بكرةً^(١) ، فقدمت على النبي صلى الله عليه وسلم إبلُ الصدقة ، فأمر أبو رافع أن ينضي الرجلُ بكرةً فرجع إليه أبو رافع ، فقال : يا رسول الله ، ألم أُجِدْ فيها إلا خياراً^(٢) . فقال : أعطيه ، فإن خيرَ الناسِ أحسنهم قضاءً » . رواه مسلم ، وعن ابن مسعود : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما من مسلمٍ يُقرضُ مُسليداً قرضاً مرَّتينِ إلا كان كصدقةٍ مرَّةً » .

(١) البكر : الجمل الفوقى .

(٢) رباعياً : أى ذكرًا من الجمال نبت رباعيته وهى رابعة أسنانه من الأمام وذلك إذا بلغ السنة السابعة ،

فهو أفضل من البكر لأنه أقوى منه وأكبر .

وعن أنس قال : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « رَأَيْتُ لَيْلَةَ أُمْرِئِي بِي عَلَى بَابِ الْجَنَّةِ مَكْتُوبًا : الصَّدَقَةُ بِعَشْرٍ أَمْثَالِهَا ، وَالْقَرْضُ بِمِائَةِ عَشْرٍ . فَقُلْتُ : يَا جِبْرِيلُ ، مَا بَالُ الْقَرْضِ أَفْضَلَ مِنَ الصَّدَقَةِ ؟ قَالَ : لِأَنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَعِنْدَهُ ، وَالْمُسْتَقْرِضُ لَا يَسْتَقْرِضُ إِلَّا مِنْ حَاجَةٍ » رواها ابن ماجه ، وأجمع المسلمون على جواز القرض .

٣٢١٢ (فصل) والقرض مندوبٌ إليه في حق المقرض مباحٌ للمقترض . لما رَوَيْنَا مِنَ الْأَحَادِيثِ . ولما رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ : أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ « مَنْ كَشَفَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ الدُّنْيَا كَشَفَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرْبِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ ، وَاللَّهُ فِي عَوْنِ الْعَبْدِ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنِ أَخِيهِ » وعن أَبِي الدَّرْدَاءِ أَنَّهُ قَالَ « لَأَنْ أَقْرِضَ دَيْنَارَيْنِ ، ثُمَّ يُرَدَّانِ ، ثُمَّ أَقْرِضَهُمَا أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ أَنْ أَتَصَدَّقَ بِهِمَا » ولأنَّ فِيهِ تَفَرُّجًا عَنْ أَخِيهِ الْمُسْلِمِ ، وَقَضَاءٌ لِحَاجَتِهِ ، وَعَوْنًا لَهُ . فَكَانَ مَدْنُوبًا إِلَيْهِ ، كَالصَّدَقَةِ عَلَيْهِ . وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا إِثْمٌ عَلَى مَنْ سُئِلَ الْقَرْضَ فَلَمْ يُقْرِضْ . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مِنَ الْمَعْرُوفِ . فَأَشْبَهَ صَدَقَةَ النُّطُوعِ . وَلَيْسَ بِمُسْكِرٍ فِي حَقِّ الْمُقْتَرِضِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَيْسَ الْقَرْضُ مِنَ الْمَسْأَلَةِ ، يَعْنِي لَيْسَ بِمُسْكِرٍ . وَذَلِكَ لِأَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « كَانَ يَسْتَقْرِضُ » بِدَلِيلِ حَدِيثِ أَبِي رَافِعٍ ، وَلَوْ كَانَ مَكْرُوهًا كَانَ أَبْعَدَ النَّاسَ مِنْهُ . وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يَأْخُذُهُ بِعَوْضِهِ . فَأَشْبَهَ الشِّرَاءَ بِدَيْنٍ فِي ذِمَّتِهِ . قَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا أَحَبُّ أَنْ يَتَحَمَّلَ بِأَمَانَتِهِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ ، يَعْنِي مَا لَا يَقْدِرُ عَلَى وَفَائِهِ . وَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَسْتَقْرِضَ فَلْيُعْلِمْ مَنْ يَسْأَلُهُ الْقَرْضَ بِحَالِهِ ، وَلَا يُغْرِهَ مِنْ نَفْسِهِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ الْيَسِيرَ الَّذِي لَا يَقْتَضِرُ رَدُّهُ مِثْلَهُ . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا اقْتَرَضَ لغيره ، وَلَمْ يَعْلَمْهُ بِحَالِهِ لَمْ يُعْجِبْنِي ، وَقَالَ : مَا أَحَبُّ أَنْ يَقْتَرِضَ بِجَاهِهِ لِإِخْوَانِهِ . قَالَ الْقَاضِي : يَعْنِي إِذَا كَانَ مِنْ يَقْتَرِضُ لَهُ غَيْرَ مَعْرُوفٍ بِالْوَفَاءِ ، لَكُونَهُ تَفَرُّجًا بِمَالِ الْمُقْتَرِضِ ، وَإِضْرَارًا بِهِ . أَمَّا إِذَا كَانَ مَعْرُوفًا بِالْوَفَاءِ لَمْ يُسْكِرْهُ . لَكُونَهُ إِعَانَةً لَهُ ، وَتَفَرُّجًا لِكُرْبَتِهِ .

٣٢١٣ (فصل) ولا يصحَّ إلا من جائز التصرف . لأنه عقدٌ على المال . فلم يصحَّ إلا من جائز التصرف ، كالبائع . وحكمه في الإيجاب والقبول حكم البيع ، على ما مضى . ويصحَّ بلفظ السلف ، والقرض ، ولورود الشرع بهما ، وبكلِّ لفظٍ يُؤدِّي معنهما ، مثل أن يقول : مَلَكَتْكَ هَذَا عَلَى أَنْ تَرُدَّ عَلَى بَدَلِهِ ، أَوْ تَوْجِدُ قَرِينَةً دَالَّةً عَلَى إِرَادَةِ الْقَرْضِ . فَإِنْ قَالَ : مَلَكَتْكَ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْبَدَلَ ، وَلَا وَجِدَ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . فَهُوَ هَبَةٌ . فَإِنْ اخْتَلَفَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُوَهَّبِ لَهُ . لِأَنَّ الظَّاهِرَ مَعَهُ . لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنْ غَيْرِ عَوَظِ هَبَةٍ .

٣٢١٤ (فصل) ولا يثبت فيه خيارٌ ما . لأنَّ المقرض دخل على بصيرةٍ أن الحظَّ لغيره . فأشبهه الْهَبَةَ . وَالْمُقْتَرِضُ مَتَى شَاءَ رَدَّهُ . فَيَسْتَعْنِي بِذَلِكَ عَنْ ثُبُوتِ الْخِيَارِ لَهُ . وَبُذِّبَ الْمَالُ فِي الْقَرْضِ بِالْقَبْضِ .

وهو عقد لازم في حق المقرض، جائز في حق المقرض . فلو أراد المقرض الرجوع في عين ماله لم يملك ذلك . وقال الشافعي : له ذلك ، لأن كل ما يملك المطالبة بمثله تلك أخذه ، إذا كان موجوداً ، كالمفصوب والعارية .

ولنا : أنه أزال ملكه بم عوض من غير خيار . فلم يكن له الرجوع فيه ، كالبيع ويفارق المفصوب والعارية . فإنه لم يزل ملكه عنهما . ولأنه لا يملك المطالبة بمثلها ، مع وجودهما . وفي مسألتنا بخلافه . فأما المقرض فله رد ما اقترضه على المقرض ، إذا كان على صفته ، لم ينقص ، ولم يحدث به عيب . لأنه على صفة حقه ، فلزمه قبوله ، كما سلم فيه ، وكأ لو أعطاه غيره ويحتمل أن لا يلزم المقرض قبول ما ليس بمثل ، لأن القرض فيه بوجوب رد القيمة على أحد الوجهين . فإذا رده بعينه لم يرد الواجب عليه . فلم يجب قبوله كالبيع :

٣٢١٥ (فصل) وللمقرض المطالبة ببذله في الحال . لأنه سبب بوجوب رد المثل في المثليات : فأوجبه حالاً كالإتلاف . ولو أقرضه تفريق . ثم طالبه بها جلة فله ذلك . لأن الجميع حال . فأشبهه ماله باعه بيوعاً حالة ، ثم طالبه بشمها جلة . وإن أجل القرض لم يتأجل ، وكان حالاً . وكل دين حل أجله لم يصير مؤجلاً بتأجيله ، وبهذا قال الحارث المكي ، والأوزاعي ، وابن المنذر والشافعي . وقال مالك والليث : بأجل الجميع بالتأجيل . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولأن المتعاقدين يملكان التصرف في هذا العقد بالإقالة ، والإمضاء . فأكا الزيادة فيه ، كخيار المجلس ، وقال أبو حنيفة : في القرض وبدل المثل كقولنا ، وفي ثمن المبيع ، والأجرة ، والصداق ، وعوض الخلع كقولها . لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض ، والقرض لا يحتمل الزيادة ، والنقص في عوضه ، وبدل المثل الواجب فيه المثل من غير زيادة ولا نقص . فلذلك لم يتأجل . وبقيّة الأغراض تجوز الزيادة فيها ، فجاز تأجيلها .

ولنا : أن الحق يثبت حالاً والتأجيل تبرع منه ، ووعد . فلا يلزم الوفاء به ، كما لو أعاره شيئاً ، وهذا لا يقع عايه اسم الشرط . ولو سمي فالخبر مخصوص بالعارية فيلحق به تما اختلافاً فيه ، لأنه مثله

ولنا : على أبي حنيفة أنها زيادة بعد استقرار العقد . فأشبهه القرض ، وأما الإقالة فهي فسخ وابتداء عقد آخر ، بخلاف مسألتنا . وأما خيار المجلس فهو بمنزلة ابتداء العقد . بدليل أنه يجوز فيه القبض لما يشترط قبضه ، والتعين لما في الذمة .

٣٢١٦ (فصل) ويجوز قرض المسكين ، والموزون ، بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن استقراض ماله مثل من المسكين والموزون والأطعمة جائز ، ويجوز قرض

كل ما يثبت في الذمة سلماً ، سوى بنى آدم . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز قرض غير المسكيل ، والموزون . لأنه لا مثل له . أشبه الجواهر

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « استسلف بكرأ » وليس بمسكيل ، ولا موزون ، ولأن ما يثبت سلماً ، يتلك بالبيع ، ويضبط بالوصف . فجاز قرضه كالمسكيل ، والموزون ، وقولهم : لا مثل له . خلاف أصلهم . فإن عند أبي حنيفة لو أتلّف على رجل ثوباً ثبت في ذمته مثله ، ويجوز الصلح عنه بأكثر من قيمته . فأما ما لا يثبت في الذمة سلماً ، كالجواهر ، وشبهها ، فقال القاضي : يجوز قرضها ويردّ للمستقرض القيمة ، لأن ما لا مثل له يضمن بالقيمة ، والجواهر كغيرها في القيم . وقال أبو الخطاب : لا يجوز قرضها . لأن القرض يقتضي ردّ المثل . وهذه لا مثل لها . ولأنه لم ينقل قرضها ، ولا هي في معنى ما نقل القرض فيه ، لكونها ليست من المرافق ، ولا يثبت في الذمة سلماً . فوجب إبقاؤها على المنع . ويمكن بناء هذا الخلاف على الوجهين في الواجب ، في بدل غير المسكيل والموزون . فإذا قلنا : الواجب ردّ المثل . لم يجز قرض الجواهر ، وما لا يثبت في الذمة سلماً لتعذر ردّ مثله ، وإن قلنا الواجب ردّ القيمة . جاز قرضه ، لإمكان ردّ القيمة . ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

٣٢١٧ (فصل) فأما بنو آدم ، فقال أحد : أكره قرضهم . فيحتمل كراهية تنزيه . وبصح قرضهم ، وهو قول ابن جريج ، والمزني . لأنه مال يثبت في الذمة سلماً . فصح قرضه ، كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم . فلا يصح قرضهم . اختاره القاضي . لأنه لم ينقل قرضهم ، ولا هو من المرافق . ويحتمل صحة قرض العبيد دون الإماء . وهو قول مالك والشافعي ، إلا أن يقرضهن من ذوي محارمهن . لأن الملك بالقرض ضعيف . فإنه لا يمنعه من ردّها على القرض . فلا يستباح به الوطء ، كالملك في مدة الخيار . وإذا لم يبيع الوطء لم يصح القرض ، لعدم القائل بالفرق ، ولأن الأضاع مما يخطأ لها ، ولو أبحنا قرضهن أفضى إلى أن الرجل يستقرض أمة فيطوؤها ، ثم يردها من يومه ، ومتى احتاج إلى وطئها استقرضها ، فوطئها ، ثم ردّها ، كما يستمير المتاع ، فينتفع به ، ثم يرده .

ولنا : أنه عقد ناقل للملك . فاستوى فيه العبيد ، والإماء ، كسائر المقود . ولا نسلم ضعف الملك . فإنه مطلق لسائر التصرفات ، بخلاف الملك في مدة الخيار ، وقولهم : متى شاء المقرض ردّها ممنوع . فإننا إذا قلنا : الواجب ردّ القيمة لم يملك المقرض ردّ الأمة . وإنما يردها قيمتها ، وإن سلمنا ذلك لكن متى قصد المقرض هذا لم يحل له فعله . ولا يصح اقتراضه ، كما لو اشترى أمة ليوطأها ، ثم يردها بالأنابة ، أو بعتب فيها ، وإن وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة ، كما لو وقع ذلك في البيع ، وكما لو أسلم جارية في أخرى موصوفة بصفاتهما ، ثم ردّها بعينها عند حلول الأجل . ولو ثبت أن القرض ضعيف لا يبيع

الوطء لم يُمنع منه في الجوارى ، كالبيع في مدة الخيار . وعدمُ القائل بالفرق ليس بشيء على ما عُرِف في مواضعه ، وعدمُ نقله ليس بحجة . فإنَّ أكثر الحيوانات لم يُنقل قرضها ، وهو جائز .

٣٢١٨ (فصل) وإذا اقترض دراهم ، أو دنانير غيرَ معروفة الوزن ، لم يحز . لأنَّ القرض فيها يوجب ردَّ المثل . فإذا لم يعرف المثل لم يمكن القضاء ، وكذلك لو اقترض مكيالاً ، أو موزوناً جزافاً ، لم يحز ، لذلك . ولو قدره بمكيال بعينه ، أو صَنَجَةٍ بعينها ، غيرَ معروفين عند العامة لم يحز . لأنه لا يأمنُ تلف ذلك ، فيتمدَّر ردَّ المثل . فأشبه السَّلَم في مثل ذلك . وقال الإمام أحمد : في ماء بين قوم لهم نُوبٌ في أيامِ مُسَمَّاةٍ ، فاحتاج بعضهم إلى أن يستقى في غير نُوبَتِهِ ، فاستقرض من نُوبَةٍ غيره ليردَّ عليه بدلَه في يوم نُوبَتِهِ ، فلا بأس . وإن كان غيرَ محدودٍ كرهته ، فسكره إذا لم يكن محدوداً ، لأنه لا يمكنه ردُّ مثله ، وإن كانت الدراهمُ يتعامل بها عدداً ، فاستقرض عدداً ردَّ عدداً . وإن استقرض وزناً ردَّ وزناً . وهذا قولُ الحسن ، وابن سيرين ، والأوزاعي ، واستقرض أبو بوب من حماد بن زيد دراهم بمكة عدداً . وأعطاه بالبصرة عدداً ، لأنه وقاه مثل ما اقترض فيما يتعامل به الناس . فأشبه ما لو كانوا يتعاملون بها وزناً ، فردَّ وزناً .

٣٢١٩ (فصل) ويجب ردَّ المثل في المكيال ، والموزون . لا نعلم فيه خلافاً ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أنَّ من أسلف سلفاً مما يجوز أن يُسلف فردَّ عليه مثله ، أن ذلك جائزٌ ، وأنَّ للسلف أخذَ ذلك . ولأنَّ المكيال ، والموزونَ يُضمَّن في الغصب ، والإتلاف بمثله . فكذا ههنا ، فأما غيرُ المكيال ، والموزون ، ففيه وجهان :

أحدهما : يجب ردُّ قيمته يومَ القرض . لأنه لا مثل له ، فيضمُّنه بقيمته . كحال الإتلاف ، والغصب . والثاني : يجب ردُّ مثله . لأنَّ النبي صلى الله عليه وسلم «استسلف من رجلٍ بكرةً فردَّ مثله» . ويخالف الإتلاف . فإنه لا مُسَامحة فيه . فوجبَت القيمة . لأنها أُخْصِرُ . والقرضُ أُسْهَلُ . ولهذا جازت النَّسَبَةُ فيه ، فيما فيه الربا ، ويُعتبر مثلُ صفاته تقريباً . فإنَّ حقيقة المثل إنما توجدُ في المكيال ، والموزون . فإن تمدَّر المثلُ فعليه قيمته يومَ تمدَّر المثل . لأنَّ القيمةَ ثبتت في ذمته حينئذٍ ، وإذا قلنا : تجب القيمةُ وجبت حينَ القرض . لأنها حينئذٍ ثبتت في ذمته .

٣٢٢٠ (فصل) ويجوزُ قرضُ الخُبْزِ . ورخص فيه أبو قلابَةَ ، ومالك . ومنع منه أبو حنيفة . ولنا : أنه موزون ، فجاز قرضه ، كسائر الموزونات . وإذا أقرضه بالوزن ، وردَّ مثله بالوزن جاز . وإن أخذه عدداً فردَّه عدداً ، فقال الشريف أبو جعفر : فيه روايتان : إحداهما : لا يجوز . لأنه موزون . أشبه سائر الموزونات .

والثانية : يجوز . قال ابن أبي موسى : إذا كان يتحتم أن يكون مثلاً بمثل ، فلا يحتاج إلى الوزن ، والوزن أحب إلى ، ووجه الجواز ما روت عائشة رضي الله عنها ، قالت : قلت « يا رسول الله ، إن الخير أن يستقرضون الخبز ، والخير ، ويردّون زيادةً ونقصاناً . فقال لا بأس ، إن ذلك من مرافق الناس ، لا يراد به الفضل » ذكره أبو بكر في الشافى بإسناده . وفيه أيضاً بإسناده ، عن معاذ بن جبل « أنه سئل عن استقراض الخبز والخير ؟ فقال : سبحان الله ، إنما هذا من مسكارم الأخلاق ، فخذ الكبير ، وأعط الصغير ، وخذ الصغير ، وأعط الكبير ، خير لكم أحسنكم قضاء . سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ذلك » ولأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ، ويشق اعتبار الوزن فيه ، وتدخله المساحة . فجاز ، كدخول الحما من غير تقدير أجره ، والركوب في سفينة الملاح ، وأشبه هذا . فإن شرط أن يعطيه أكثر مما أقرضه ، أو أجود ، أو أعطاه مثل ما أخذ ، وزاده كسرة . كان ذلك حراماً . وكذلك إن أقرضه صغيراً قصد أن يعطيه كبيراً . لأن الأصل تحريم ذلك ، وإنما أبيح لمشقة إمكان التعرّض منه . فإذا قصد أو شرط ، أو أفردت الزيادة فقد أمكن التعرّض منه ، فحرم بحكم الأصل ، كما لو فعل ذلك في غيره .

٣٢٢١ (فصل) وكل قرض شرط فيه أن يزيده . فهو حرام بغير خلاف . قال ابن المنذر : أجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المسلف زيادة أو هدية ، فأسلف على ذلك : أن أخذ الزيادة على ذلك رباً . وقد روى عن أبي بن كعب ، وابن عباس ، وابن مسعود : أنهم نهوا عن قرض جر منفعة . ولأنه عقد إرفاق ، وقربة ، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه . ولا فرق بين الزيادة في القدر ، أو في الصفة . مثل أن يقرضه مكسرة ، ليعطيه صحاحاً ، أو نقداً ليعطيه خيراً منه . وإن شرط أن يعطيه إياه في بلد آخر ، وكان لعله مؤنة لم يجز . لأنه زيادة ، وإن لم يكن لعله مؤنة جاز . وحكاه ابن المنذر ، عن علي ، وابن عباس ، والحسن بن علي ، وابن الزبير ، وابن سيرين ، وعبد الرحمن بن الأسود ، وأبواب السخيتاني ، والنوري ، وأحمد ، وإسحق ، وكرهه الحسن البصري ، وميمون بن أبي شبيب ، وعبد الله بن أبي ثابة ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، لأنه قد يكون في ذلك زيادة . وقد نص أحمد على أن شرط أن يكتب له بها سفتجة ، لم يجز ، ومعناه : اشتراط القضاء في بلد آخر . وروى عنه جوازها ، لسكونها مصلحة لها جميعاً . وقال عطاء : كان ابن الزبير يأخذ من قوم بمكة دراهم ، ثم يكتب لهم بها إلى مصعب ابن الزبير بالعراق ، فيأخذونها منه . فُسئل عن ذلك ابن عباس ؟ فلم ير به بأساً . وروى عن علي رضي الله عنه : أنه سئل عن مثل هذا ؟ فلم ير به بأساً . وممن لم ير به بأساً : ابن سيرين ، والنخعي ، رواه كله سعيد . وذكر القاضي أن الوصي قرض مال اليتيم في بلد ليؤفيه في بلد أخرى ، ليربح خطر الطريق ،

والصحيح جوازُه . لأنه مصلحةٌ لها ، من غير ضرر ، بواحد منهما . والشرع لا يردُّ بتحريم المصالح التي لا مضرةَ فيها ، بل بمشروعيتها . ولأنَّ هذا ليس بمخصوص على تحريمه . ولا في معنى المنصوص . فوجب إبقاؤه على الإباحة . وإن شرط في القرض أن يؤجره داره ، أو يبيعه شيئاً ، أو أن يُقرضه المقرض مرةً أخرى ، لم يجز . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيعٍ وسلفٍ » ولأنه شرط عقد في عقد ، فلم يجز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره . وإن شرط أن يؤجره داره بأقل من أجرتها ، أو على أن يستأجر دار المقرض بأكثر من أجرتها ، أو على أن يهدي له هديةً ، أو يعقل له عملاً . كان أبلغ في التحريم . وإن فعل ذلك من غير شرط قبل الوفاء لم يقبله . ولم يجز قبوله إلا أن يسكاته ، أو يحسبه من دينه ، إلا أن يكون شيئاً جرت العادة به بينهما ، قبل القرض . لما روى الأثرم « أن رجلاً كان له على ثَمَكٍ عَشْرُونَ دِرْهَمًا . فجعل يهدي إليه السمكَ ويَقْوُمُهُ حَتَّى بَلَغَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ دِرْهَمًا . فسأل ابن عباس فقال : أعطيه سبعةَ دَرَاهِمٍ » وعن ابن سيرين « أن عمرَ أَسْلَفَ أَبِي بَنٍ كَغَبٍ عَشْرَةَ آلَافٍ دِرْهَمٍ . فَأَهْدَى إِلَيْهِ أَبِي بَنٍ كَغَبٍ مِنْ ثَمَرَةِ أَرْضِهِ . فَرَدَّهَا عَلَيْهِ وَلَمْ يَقْبَلْهَا . فَأَتَاهُ أَبِي فَقَالَ : لَقَدْ عَلِمَ أَهْلُ الْمَدِينَةِ أَنَّ مِنْ أَطْيَبِهِمْ ثَمَرَةً ، وَأَنَّهُ لَا حَاجَةَ لَنَا . فِيمَ مَنَعْتَ هَدِيَّتَنَا ؟ ثُمَّ أَهْدَى إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ فَقَبِلَ » وعن زَيْدِ بْنِ حُبَيْشٍ قَالَ « قُلْتُ لِأَبِي بَنٍ كَغَبٍ : إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُسِيرَ إِلَى أَرْضِ الْجِهَادِ إِلَى الْقَرَّاقِ . فَقَالَ : إِنَّكَ تَأْتِي أَرْضًا فَاشٍ فِيهَا الرِّبَا . فَإِنْ أَقْرَضْتَ رَجُلًا قَرْضًا فَأَتَاكَ بِقَرْضِكَ لِيُؤَدِّيَ إِلَيْكَ قَرْضَكَ وَمَعَهُ هَدِيَّةٌ ، فَاقْبِضْ قَرْضَكَ وَارْزُدْ عَلَيْهِ هَدِيَّتَهُ » رواها الأثرم ، وروى البخاري عن أبي بُرْدَةَ ، عن أبي موسى ، قال : « قَدِمْتُ الْمَدِينَةَ ، فَلَقِيتُ عَبْدَ اللَّهِ بْنَ سَلَامٍ — وَذَكَرَ حَدِيثًا — وَفِيهِ ثُمَّ قَالَ لِي : إِنَّكَ بِأَرْضٍ فِيهَا الرِّبَا فَاشٍ . فَإِذَا كَانَ لَكَ عَلَى رَجُلٍ دَيْنٌ فَأَهْدِ إِلَىكَ حِمْلَ نَبْنٍ أَوْ حِمْلَ شَعِيرٍ ، أَوْ حِمْلَ قَتٍ فَلَا تَأْخُذْهُ ، فَإِنَّهُ رَبَا » قال ابن أبي موسى : ولو أقرضه قرضاً ، ثم استعمله عملاً ، لم يكن يستعمله مثله قبل القرض كان قرضاً جرَّ منفعةً . ولو استضاف غريمه^(١) ، ولم تكن العادة جرت بينهما بذلك حبيب له مما أكله . لما روى بن ماجه في سننه ، عن أنس قال : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « إِذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضًا ، فَأَهْدِ إِلَىهِ أَوْ حِمْلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ . فَلَا يَرِ كَبْهَا وَلَا يَقْبَلُهُ ، إِلَّا أَنْ يَسْكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ » وهذا كله في مدة القرض . فأما بعد الوفاء فهو كالزيادة عن غير شرط ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

٣٢٢٢ (فصل) فإن أقرضه مطلقاً من غير شرط ، فقضاه خيراً منه في القدر ، أو الصفة ، أو دونه

(١) الغريم هنا الدائن .

(م ٣١ - المعنى - رابع)

برضاها جاز . وكذلك إن كتب له بها سَفْتَجَةٌ^(١) ، أو قضاؤه في بلده^(٢) آخرَ جاز . ورخص في ذلك ابنُ عمر ، وسعيدُ بن المسيب ، والحسنُ والنخعي ، والزهرى ، والشعبي ، ومكحول ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وإسحق . وقال أبو الخطاب : إن قضاؤه خيراً منه ، أو زاده زيادةً بعد الوفاء من غير مؤاظة ، فعلى رواية ابنِ عمر . وروى عن أبي بن كعب ، وابن عباس ، وابن عمر : أنه يأخذُ مثلَ قرضه . ولا يأخذُ فضلاً . لأنه إذا أخذ فضلاً كان قرضاً جرَّ منفعةً .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم « استسلفَ بَكْرًا ، فردَّ خيرًا منه » ، وقال : خيرُكم أحسنُكم قضاءً . متفق عليه . وللبخاري « أفضلكم أحسنكم قضاءً » . ولأنه لم يجعل تلك الزيادة عوضاً في القرض ولا وسيلةً إليه ، ولا إلى استيفاء دينه ، فحلت كما لو لم يكن قرضاً . وقال ابن أبي موسى : إذا زاده بعد الوفاء فماد المستقرضُ بعد ذلك يلتزم منه قرضاً ثانياً ، ففعل . لم يأخذ منه إلا مثل ما أعطاه . فإن أخذ زيادةً ، أو أجود مما أعطاه كان حراماً ، قولاً واحداً . وإن كان الرجلُ معروفاً بحسن القضاء لم يُكره إقراضه . وقال القاضي : فيه وجهٌ آخرُ : أنه يُكره . لأنه يطمعُ في حسن عاداته . وهذا غيرُ صحيح ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم كان معروفاً بحسن القضاء ، فهل يسوغُ لأحدٍ أن يقول : إن إقراضه مكروهٌ ؟ ولأن المعروف بحسن القضاء خيرُ الناس ، وأفضلهم . وهو أولى الناس بقضاء حاجته ، وإجابته مسألته ، وتفريج كربته . فلا يجوز أن يكون ذلك مكروهاً . وإنما يمنعُ من الزيادة المشروطة . ولو أقرضه مكسرةً ، فجاءه مكانها بصحاحٍ بغير شرط جاز . وإن جاءه بصحاحٍ أقلَّ منها ، فأخذها بجميع حقه لم يجز ، قولاً واحداً . لأن ذلك معاوضةٌ للنقد بأقلَّ منه ، فكان رباً .

٣٢٢٣ (فصل) وإن شرط في القرض أن يوفيه أقصَّ مما أقرضه ، وكان ذلك مما يجري فيه الرِّبَا لم يجز ، لإفضائه إلى فوات المائلة فيما هي شرط فيه . وإن كان في غيره لم يجز أيضاً . وهو أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعي ، وفي الوجه الآخر : يجوز . لأن القرض جُلُّ للرفق بالمستقرض ، وشرطُ النقصان لا يخرجُه عن موضوعه ، بخلاف الزيادة .

ولنا : أن القرض يقتضي المثل . فشرطُ النقصان يخالفُ مقتضاه ، فلم يجز ، كشرط الزيادة .

٣٢٢٤ (فصل) ولو اقترض من رجل نصفَ دينار ، فدفع إليه ديناراً صحيحاً ، وقال : نصفه قضاء ، ونصفه ودِيعَةٌ عندك ، أو سَلَمًا في شيء صحيح ، وإن امتنع المقرضُ من قبوله فله ذلك ، لأنَّ عليه في الشركة

(١) السفتجة : أن يعطى مالا لشخص ويكون لهذا الشخص مال في بلد آخر ، فيعطيه ماله في البلد الآخر فيستفيد أمن الطريق .

(٢) أو قضاؤه في بلد آخر : يعني من غير سفتجة ولا كتابة .

ضرراً ، ولو اشترى بالنصف الثاني من الدينار سلعةً جاز ، إلا أن يكون ذلك عن مُشَارَطَةٍ ، فقال : أفضيك صحيحاً بشرط أني آخذ منك بنصفه الباقي قيصاً ، فإنه لا يجوز ، لأنه لم يدفع إليه صحيحاً ، إلا لمعطيه بالنصف الباقي فضل ما بين الصحيح ، والمكسور ، من النصف المَقْضَى ، ولو لم يكن شرطاً جاز ، فإن ترك النصف الآخر عنده وديعةً جاز ، وكانا شريكين فيه ، وإن اتفقا على كسره كسراه ، فإن اختلفا لم يُجْزَر أحدهما على كسره ، لأنه ينفق قيمته .

٣٢٢٥ (فصل) ولو أفلس غريمٌ ، فأقرضه ألفاً ليؤتيه كل شهر شيئاً معلوماً جاز ، لأنه إنما انتفع باستيفاء ما هو مستحق له ، ولو كان له عليه حنطةً فأقرضه ما يشتري به حنطةً يوفيه إياها لم يكن محرماً لذلك . ولو أراد رجل أن يبعث إلى عياله نفقةً فأقرضها رجلاً على أن يدفعها إلى عياله فلا بأس ، إذا لم يأخذ عليها شيئاً ولو أقرض أكاره^(١) ما يشتري به بقرأ يعمل عليها في أرضه ، أو بذراً يبذره فيها ، فإن شرط ذلك في القرض لم يجز ، لأنه شرط ما ينتفع به ، فأشبهه شرط الزيادة ، وإن لم يكن شرطاً فقال ابن أبي موسى : لا يجوز ، لأنه قرضٌ جَرَّ منفعةً ، قال : ولو قال : أقرضني ألفاً وأدفعُ إلى أرضك أزرعها بالثلث ، كان حبيثاً ، والأولى جواز ذلك ، إذا لم يكن مشروطاً ، لأن الحاجة داعيةٌ إليه . والمستقرضُ إنما يقصدُ نفعَ نفسه ، وإنما يحصل انتفاع المقرضِ ضمناً . فأشبهه أخذ السفينة به ، وإيفاءه في بلد آخر ، ولأنه مصلحةٌ لهما جميعاً ، فأشبهه ما ذكرنا .

٣٢٢٦ (فصل) قال أحمد فيمن اقترض من رجل دراهم ، وابتاع بها منه شيئاً ، فخرجت زبوفاً : فالبيع جائزٌ ، ولا يرجعُ عليه بشيء . يعني لا يرجعُ البائعُ على المشتري ببذل الثمن . لأنها دراهمه ، فعيبها عليه ، وإنما له على المشتري بدل ما أقرضه إياه بصفته زبوفاً . وهذا يحتمل أنه أراد فيما إذا باعه السلعة بها ، وهو يعلم عيبها . فأما إن باعه في ذمته بدراهم ، ثم قبض هذه بدلاً عنها غير عالم بها . فينبغي أن يجب له دراهم خالية من العيب ، ويرد هذه عليه ، والمشتري ردّها على البائع ، وفاء عن القرض . ويبقى الثمن في ذمته . وإن حسبها على البائع وفاء عن القرض ، ووفاه الثمن جيّداً جاز . قال : ولو أقرض رجلاً دراهم ، وقال : إذا ميتٌ فأنت في حلٍّ كانت وصية . وإن قال : إن متُّ فأنت في حلٍّ لم يصح . وذلك لأن هذا إبراء معلق على شرط ، ولا يصح تعليقه على الشروط . والأول وصية . لأنه عاقب ذلك على موت نفسه : والوصية جائزة . قال : ولو أقرضه تسعين ديناراً بمائة عدداً ، والوزن واحدٌ ، وكانت لا تنفق في مكانٍ إلا بالوزن جاز ، وإن كانت تنفق بروسها ، فلا . وذلك لأنها إذا كانت تنفق في مكان بروسها كان ذلك زيادةً لأن التسعين من المائة تقوم مقام التسعين التي أقرضه إياها ، ويستفضل عشرة . ولا يجوز اشتراط الزيادة . وإذا كانت لا تنفق إلا بالوزن ، فلا زيادة فيها ، وإن كثرت عددها . قال : ولو قال

(١) الأكار : الحراث زارع الأرض بالأجر ، أو ببعض ما يخرج منها .

اقترض لى من فلان مائة ، ولك عشرة . فلا بأس ، ولو قال : اكفُل عَنى ، ولك ألف ، لم يجز . وذلك لأن قوله : اقترض لى ولك عشرة جَعَالَةٌ عَلَى فِعْلٍ مُّبَاحٍ ، فجازت ، كما لو قال : ابن لى هذا الخائط ، ولك عشرة . وأما الكِفَالَةُ فَإِنَّ الكَفِيلَ يَلْزِمُهُ الدَّيْنُ . فإذا أدَّاه وجب له على المكفول عنه . فصار كالقرض . فإذا أخذ عِوَصًا صار القرضُ جَارًا لِلْمَنْفَعَةِ ، فلم يجز .

٣٢٢٧ (فصل) قد ذكرنا أن المستقرض يرد المثل في المثليات ، سواء رخص سعره أو غلا ، أو كان بحاله . ولو كان ما أقرضه موجوداً بعيته ، فردّه من غير عيب يحدث فيه ، لزم قبوله ، سواء تغير سعره ، أو لم يتغير ، وإن حدث به عيب لم يلزمه قبوله ، وإن كان القرض فلوساً ، أو مكسرةً ، فخرمها السلطان ، وتُرِكَتِ المعاملة بها . كان للمقرض قيمتها . ولم يلزمه قبولها ، سواء كانت قائمةً في يده ، أو استهلكها . لأنها تعيّبت في مِلْكِهِ . نصّ عليه أحمد في الدراهم المكسرة . وقال : يَقْوَمُهَا كَمِ تَسَاوَى يَوْمَ أَخَذَهَا ؟ ثم يعطيه ، وسواء نقصت قيمتها قليلاً ، أو كثيراً . قال القاضي : هذا إذا اتفق الناس على تركها . فأما إن تعامَلُوا بها مع تحريم السلطان لها لزمه أخذها ، وقال مالك ، والليث بن سعد ، والشافعي . ليس له إلا مثل ما أقرضه . لأن ذلك ليس بعيب حدث فيها . فجرى مجرى نقص سعرها .

ولنا : أن تحريم السلطان لها مَنَعَ إيفاقها ، وأبطل مَالِيَّتَهَا . فأشبهه كسرها ، أو تلف أجزائها . وأما رخص السعر فلا يمنع ردّها ، سواء كان كثيراً ، مثل أن كانت عشرة بدائق^(١) فصارت عشرين بدائق ، أو قليلاً . لأنه لم يحدث فيها شيء ، إنما تغير السعر فأشبهه الحنطة إذا رخصت ، أو غلت .

٣٢٢٨ (فصل) وإذا أقرضه ما لحله مؤنةً ، ثم طالبه بثلثه ببلد آخر لم يلزمه ، لأنه لا يلزمه حمله له إلى ذلك البلد ، فإن طالبه بالقيمة لزمه ، لأنه لا مؤنة لحمله فإن تبرّع المستقرض بدفع المثل ، وأبى المقرض قبوله ، فله ذلك ، لأنّ عليه ضرراً في قبضه ، لأنه ربّما احتاج إلى حمله إلى المكان الذى أقرضه فيه ، وله المطالبة بقيمة ذلك فى البلد الذى أقرضه فيه ، لأنه المكان الذى يجب التسليم فيه ، وإن كان القرض أثماناً ، أو ما لا مؤنة فى حمله ، وطالبه بها وهما ببلد آخر ، لزمه دفعه إليه ، لأن تسليمه إليه فى هذا البلد وغيره واحد .

٣٢٢٩ (فصل) وإن أقرض ذمياً ذمياً خراً ، ثم أسلما ، أو أحدهما . بطل القرض . ولم يجب على المقرض شيء ، سواء كان هو المسلم ، أو الآخر . لأنه إذا أسلم لم يجز أن يجب عليه خراً . لعدم مَالِيَّتِهَا . ولا يجب بدلا لأنها لا قيمة لها . ولذلك لا يضمنها إذا أتلفها . وإن كان المسلم الآخر لم يجب له شيء لذلك .

(١) الدائق : بكسر النون أكثر من فتحها سدس الدرهم .

كتاب الرهن

الرهنُ في اللغة : الثبوتُ والدوام . يقال : ملاه رهنٌ ، أى راكده ، ونعمة راهنةٌ أى ثابتة ، دائمة ، وقيل : هو من الحبس . قال الله تعالى (٥٢ : ٢٢) كُلُّ امْرِئٍ بِمَا كَسَبَ رَهينٌ) وقال (٧٤ : ٣٨) كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهينَةٌ) وقال الشاعر :

وَفَارَقْتُكَ بِرَهْنٍ لَا فَسْكَاءَ لَهُ يَوْمَ الْوَدَاعِ فَأَضْحَى الرَّهْنُ قَدْ غَلِقَا

شبه لزوم قلبه لها ، واحتباسه عندها ، لشدة وجده بها : بالرهن الذى يزمه المرتهن ، فيبقى عنده . ولا يفارقه . وغلق الرهن : استحقاق المرتهن إياه ، لمعجز الراهن عن فسكا كه^(١) والرهن في الشرع : المال الذى يُجْعَلُ وثيقةً بالدين ، ليستوفى من ثمنه إن تمذّر استيفاءه ممن هو عليه . وهو جائز بالكتاب ، والسنة ، والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى (٢ : ٢٨٣) وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ) وتقرأ (فَرِهَانٌ) والرَّهَانُ جمع رَهْنٍ . والرهنُ جمع الجمع . قاله الفراء ، وقال الزجاج : يحتمل أن يكون جمع رَهْنٍ . مثل سَقَفٍ وَسُقُفٍ .

وأما السنة : فروت عائشة رضى الله عنها « أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشْتَرَى مِنْ يَهُودِيٍّ طَآمًا وَرَهْنَهُ دِرْعًا » متفق عليه ، وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِدِفْقَتَيْهِ ، إِذَا كَانَ مَرَهُونًا ، وَالْبَنُ الدَّرُّ يُشْرَبُ بِدِفْقَتَيْهِ ، إِذَا كَانَ مَرَهُونًا ، وَحَلَى الَّذِي يَرْكَبُ وَيُشْرَبُ : الدَّفْقَةُ » رواه البخاري ، وعن أبي هريرة رضى الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ « لَا يَفْلُقُ الرَّهْنُ »^(٢) وأما الإجماع : فأجمع المسلمون على جواز الرهن ، في الجملة . ٣٣٣٠ (فصل) ويجوز الرهن في الحضر ، كما يجوز في السفر . قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً خالف في ذلك ، إلا مجاهدًا . قال : ليس الرهن إلا في السفر . لأن الله تعالى شرط السفر في الرهن بقوله تعالى (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ)

(١) كان هذا في الجاهلية ، إذا عجز الراهن عن دفع ما عليه للمرتهن أصبح الرهن ملكا له ، وقد أبطل الإسلام هذا العمل ، وجعل الرهن لا يفلق ، أى لا يستحق للمرتهن بسبب عجز الراهن عن دفع ما عليه ، وسيأتى الحديث الذى يدل على ذلك بعد سطور وهو قوله صلى الله عليه وسلم (لا يفلق الرهن) .
(٢) هذا هو الحديث الذى نهى إليه منذ قليل وهو الحديث الذى أبطل فعل الجاهلية من استيلاء المرتهن على الرهن إذا عجز الراهن عن السداد .

وانما : أن النبي صلى الله عليه وسلم « اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه » وكانا بالمدينة .
ولأنها وثيقة تجوز في السفر . فجازت في الحضر ، كالضمان ، فأما ذكر السفر فإنه خرج مخرج الغالب ،
لكون الكاتب يُعَدُّم في السفر غالباً . ولهذا . لم يُشترط عدم الكاتب ، وهو مذكور معه أيضاً .

٣٣٣١ (فصل) والرهن غير واجب . لا نعلم فيه مخالفاً . لأنه وثيقة بالدين . فلم يجب ، كالضمان ،
والكتابة ، وقول الله تعالى (فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ) إرشاد لنا ، لا إيجاب علينا . بدليل قول الله تعالى
(فَإِنْ مِنْ بَعْضِكُمْ بَعْضٌ فليؤدِّ الَّذِي آؤْتِنَ أَمَانَتَهُ) ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة . والكتابة
غير واجبة . فكذلك بدلها .

٣٣٣٢ (فصل) ولا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يقع بعد الحق . فيصح بالإجماع ، لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به ، فجاز أخذها به ،
كالضمان . ولأن الله تعالى قال (وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ) فجعله بدلاً
عن الكتابة . فيكون في محلها ، ومحلها بعد وجوب الحق ، وفي الآية ما يدل على ذلك وهو قوله
(إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ) فجعله جزاء للمداينة ، مذكوراً بعدها ،
بفاء النعقيب .

الحال الثاني : أن يقع الرهن مع العقد الموجب للدين ، فيقول : بعثتك ثوبى هذا بعشرة إلى شهر .
ترهنني بها عبدك سعداً . فيقول : قبلت ذلك . فيصح أيضاً ، وبه قال مالك ، والشافعي ، وأصحاب
الرأي ، لأن الحاجة داعية إلى ثبوته . فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ، ويشترط فيه لم يتمكن من إلزام
المشتري عقده ، وكانت الخيرة إلى المشتري ، والظاهر . أنه لا يبدله ، فتفوت الوثيقة بالحق .

الحال الثالث : أن يرهنه قبل الحق ، فيقول : رهنك عبدي هذا بعشرة تُقرضنيها . فلا يصح
في ظاهر المذهب . وهو اختيار أبي بكر ، والقاضي . وذكر القاضي : أن أحد نص عليه في رواية
ابن منصور . وهو مذهب الشافعي . واختار أبو الخطاب : أنه يصح . فتنى قال : رهنك ثوبى هذا
بعشرة تُقرضنيها غداً ، وسلمه إليه ، ثم أقرضه الدرهم لزم الرهن . وهو مذهب مالك ، وأبي حنيفة .
لأنه وثيقة بحق . فجاز عقدها قبل وجوبه ، كالضمان ، أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل ،
كضمان الدرك .

ولنا : أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله . فلم تصح قبله ، كالشهادة . ولأن الرهن تابع للحق ،
فلا يسبقه ، كالشهادة . والتمن لا يتقدم البيع ، وأما الضمان ، فيحتمل أن يمنع صحته ، وإن سلمنا فالفرق
بينهما أن الضمان التزام مالي تبرعاً بالقول ، فجاز من غير حق ثابت ، كالنذر ، بخلاف الرهن .

٣٢٣٣ « مسألة » قال ﴿ ولا يصح الرهن إلا أن يكون مقبوضاً من جائز الأمر ﴾

يعنى لا يلزم الرهن إلا بالقبض . وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعى . وقال بمض أصحابنا : ما كان مكيلاً ، أو موزوناً لا يلزم رهنه إلا بالقبض ، وفيما عداهما روايتان .

إحداها : لا يلزم إلا بالقبض ، والأخرى : يلزم بمجرد العقد ، كالبيع ، وقد نص أحمد على هذا فى رواية الميمونى ، وحمل القاضى كلام الخرقى على المكيلى ، والموزون خاصة . وليس بصحيح . فإن كلام الخرقى مع عمومته قد أتبعه بما يدل على إرادة التعميم ، وهو قوله : فإن كان مما يُنقل ، فقبضه أخذه إياه من رهنه منقولاً ، وإن كان مما لا يُنقل ، كالذور ، والأرضين ، فقبضه بتخلية رهنه بينه ، وبينه . وقال أحمد : فى الدار والجارية إذا ردها إلى الراهن لم يكن رهنًا فى الحال . وهذا كقول الخرقى ، وقال مالك : يلزم الرهن بمجرد العقد قبل القبض . لأنه عقد يلزم بالقبض ، فلزم قبله كالبيع .

ولنا : قول الله تعالى (فَرُّهُنْ مَقْبُوضَةً) وصفها بكونها مقبوضة . ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول ، فافتقر إلى القبض كالقرض . ولأنه رهن لم يقبض ، فلا يلزم إقباضه ، كما لو مات الراهن . ولا يشبه البيع . فإنه معاوضة ، وليس بإرفاق . وقول الخرقى « من جائز الأمر » يعنى أن الراهن الذى يرهن ، ويقبض يكون جائز التصرف فى ماله . وهو الحر المكلف الرشيد ، ولا يكون محجوراً عليه لصغر ، أو جنون ، أو سفه ، أو فلس ، ويعتبر ذلك فى حال رهنه ، وإقباضه . لأن العقد ، والتسليم ليس بواجب . وإنما هو إلى اختيار الراهن ، فإذا لم يكن له اختيار صحيح لم يصح ، ولأنه نوع تصرف فى المال ، فلم يصح من المحجور عليه من غير إذن ، كالبيع . فإن جن أحد المتراهنين قبل القبض ، أو مات ، لم يبطل الرهن . لأنه عقد يؤول إلى المزموم ، فلم يبطل بجنون أحد المتعاقدين ، أو موته . كالبيع الذى فيه الخيار . ويقوم ولى الجنون مقامه . فإن كان الجنون الراهن ، وكان الخطأ فى التقبض ، مثل أن يكون شرطاً فى بيع يستصير بفسخه ، ونحوه ، أقبضه . وإن كان الخطأ فى تركه لم يحز له تقبضه . وإن كان الجنون المرتهن قبضه وإليه إن اختار الراهن ، وإن امتنع لم يجبر . وإذا مات قام وارثه مقامه فى القبض . فإن مات الراهن لم يلزم ورثته تقبضه ، لأنهم يقومون مقام الراهن ، ولم يلزمه ذلك . فإن لم يكن على الميت دين سوى هذا الدين ، فأحب الورثة تقبض الرهن جاز ، وإن كان عليه دين سواه ، فظاهر المذهب : أنه ليس للوارث تخصيص المرتهن بالرهن ، نص عليه أحمد . فى رواية على بن سعيد ، وهو مذهب الشافعى ، وذكر القاضى فيه رواية أخرى : أن لهم ذلك ، أخذاً مما نقل ابن منصور ، وأبو طالب ، عن أحمد : أنه قال : إذا مات الراهن أو أفلس فالمرتهن أحق به من الغرماء ، ولم يعتبر وجود القبض بعد الموت ، أو قبله . وهذا لا يعارض ما نقله على بن سعيد ، لأنه خاص وهذا عام ، والاستدلال به على هذه الصورة

بَضْمَفٍ جَدًّا لُتْدَرْتَهَا . فكيف يُعَارَضُ به الخاص ؟ لكن يجوز أن يكون هذا الحكم مبنياً على الرواية التي لا يُعتبر فيها القبض في غير المكيل ، والموزون ، فيكون الرهن قد لزم قبل القبض ، ووجب تقييضه على الراهن . فكذلك على وارثه . ويختص هذا بما عدا المكيل ، والموزون ، وأما ما لم يلزم الرهن فيه ، فليس للورثة تقييضه . لأنَّ الغرماء تعلقت ديونهم بالتركة قبل لزوم حقّه في الرهن . فلم يجوز تخصيصه به ، بغير رضاهم ، كما لو أفلس الراهن ، إلا إذا قلنا : إنَّ للورثة التصرف في التركة ، ووفاء الدين من أموالهم .

فإن قيل : فما الفائدة في القول بصحة الرهن ، إذ لم يختص به المرتهن ؟ قلنا : فائدته : أنه يحتمل أن يرضى الغرماء بتسليمه إليه ، فيتم الرهن . ولا فرق في جميع ما ذكرناه بين ما قبل الإذن في القبض ، وما بعده . لكون الإذن يبطل بالجنون ، والموت ، والإغناء ، والحجر .

٣٣٣٤ (فصل) ولو حُجِرَ على الراهن لفكس قبل التسليم ، لم يكن له تسليمه . لأن فيه تخصيصاً المرتين بمنه . وليس له تخصيصُ بعض غرمائه . وإن حُجِرَ عليه لسفه ، فحكمه حكم ما لو زال عقله بجنون ، على ما أسلفناه . وإن أغيب عليه لم يكن للمرتحن قبض الرهن . وليس لأحد تقييضه . لأن المغمى عليه لا ولاية عليه . وإن أغيب على المرتحن لم يكن لأحد أن يقوم مقامه في قبض الرهن أيضاً . وانتظار إفاقته ، وإن خرس ، وكانت له كتابة مفهومة ، أو إشارة معلومة ، فحكمه حكم المكملين ، إن أذن في القبض جاز ، وإلا فلا . وإن لم تفهم إشارته ، ولا كتابته ، لم يجوز القبض ، وإن كان أحد هؤلاء قد أذن في القبض ، فحكمه حكم من لم يأذن . لأن إذنتهم يبطل بما عرض لهم . وجميع هذا تناوله قول الخِرَاقِي « مِنْ جَائِزِ الْأَمْرِ » وليس أحد من هؤلاء جائز الأمر .

٣٣٣٥ (فصل) إذا تصرف الراهن في الرهن قبل القبض بهبة ، أو بيع ، أو عتيق أو جملة صداقا ، أو رهنه ثانياً بطل الرهن الأول ، سواء قبض الهبة ، والمبيع ، والرهن الثاني ، أو لم يقبضه . لأنه أخرجه عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه ، أو فعل ما يدل على قصده ذلك . وإن دبر العبد ، أو أجره ، أو زوج الأمة ، لم يبطل الرهن . لأن هذا التصرف لا يمنع البيع . فلا يمنع صحة الرهن . ولأنه لا يمنع ابتداء الرهن ، فلا يتطع استدামته ، كاستخدامه . وإن كاتب العبد انبنى على صحة رهن المكاتب . فإن قلنا : يجوز رهنه . لم يبطل رهنه . وإن قلنا : لا يجوز رهنه . بطل رهنه كما لو اعتقه .

٣٣٣٦ (فصل) واستدامة القبض شرط للزوم الرهن . فإذا أخرجه المرتحن عن يده باختيـاره

زال لزومُ الرهن ، وبقي العقدُ كأنه لم يوجد فيه قبض ، سواء أخرجه بأجارة ، أو إعاره ، أو إبداع ، أو غير ذلك . فإذا عاد فردّه إليه عادَ اللزوم بحكم العقد السابق . قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا ارتهن داراً ، ثم أكرهاها صاحبها خرجت من الرهن . فإذا رجعت إليه صارت رهنًا . وقال فيمن رهن جارية ، ثم سأل المرتهن أن يبعثها إليه لتخبز لهم ، فبعث بها ، فوطئها انتقلت من الرهن . فإن لم يكن وطيئها فلا شيء ، قال أبو بكر : لا يكون رهنًا في تلك الحال . فإذا ردها رجعت إلى الرهن . وممن أوجب استدامة القبض : مالك ، وأبو حنيفة . وهذا على القول الصحيح . فأما على قول من قال : ابتداء القبض ليس بشرط . فأولى أن يقول : الاستدامة غير مُشترطة . لأن كل شرط يُعتبر في الاستدامة يُعتبر في الابتداء ، وقد يُعتبر في الابتداء ما لا يُعتبر في الاستدامة . قال أبو الخطاب : إذا قلنا : القبض شرط في الابتداء كان شرطًا في الاستدامة ، وقال الشافعي : استدامة القبض ليست شرطًا . لأنه عقد يُعتبر القبض في ابتدائه . فلم يشترط استدامته ، كالهبة .

ولنا : قول الله تعالى (فَرَهُنٌ مَّقْبُوضَةٌ) لأنها إحدى حالتَي الرهن . فكان القبض فيها شرطًا ، كالاقتداء ، ويُفارق الهبة . لأن القبض في ابتدائها يُثبتُ الملك ، فإذا ثبت استغنى عن القبض ثانيًا ، والرهن يُرادُ للوثيقة ليتمكن من بيعه واستيفاء دينه من ثمنه . فإذا لم يكن في يده لم يستمكن من بيعه ، ولم تحصل وثيقة . وإن أزيلت يد المرتهن لغير حق ، كغصب ، أو سرقة ، أو إبقاء العبد ، أو ضياع المتاع ، ونحو ذلك ، لم يزُل لزومُ الرهن . لأن يده ثابتة حُكماً ، فكانها لم تزل .

٣٢٣٧ (فصل) وليس للمرتهن قبضُ الرهن إلا بإذن الراهن . لأنه لا يلزمه تقييضه ، فاعتبر إذنه في قبضه ، كالراهن ، فإن تمدى المرتهن ، فقبضه بغير إذن لم يثبت حكمه ، وكان بمنزلة من لم يقبض . وإن أذن الراهن في القبض ، ثم رجع عن الإذن قبله ، زال حكم الإذن . وإن رجع عن الإذن بعد قبضه ، لم يؤثر رجوعه . لأن الرهن قد لزم لانصال القبض به . وكل موضع زال لزومُ الرهن لزوال القبض اعتبر الإذن في القبض الثاني . لأنه قبض يلزم به الرهن . أشبه الأول . ويقوم ما يدل على الإذن مقامه ، مثل إرساله العبد إلى مرتته ، وردّه لما أخذه من المرتن إلى يده ، ونحو ذلك . لأن ذلك دليل على الإذن . فاكشفي به ، كدعاء الناس إلى الطعام ، وتقديمه بين أيديهم ، يجرى مجرى الإذن في أكله .

٣٢٣٨ « مسألة » قال ﴿ والقبض فيه من وجهين . فإن كان مما ينقل فقبض المرتن له أخذه إتياء من راهنه منقولاً ، وإن كان مما لا ينقل ، كاللحور والأرضين ، فقبضه تحليّة راهنه بينه وبين مرتته ، لا حائلَ دونه ﴾ .

وجملة ذلك : أن القبض في الرهن كالقبض في البيع والهبة ، فإن كان منقولاً فقبضه نقله ، أو تناوله .

وإن كان أماناً ، أو شيئاً خفيفاً يمكن قبضه باليد ، فقبضه تناوله بها ، وإن كان مَكِيلًا رهنه بالكيل ، أو موزوناً رهنه بالوزن ، فقبضه اكتياله ، أو انزأه . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إِذَا سَمَّيْتَ الْكَيْلَ فَكَيْلٌ » وإن ارتهن الصُّبْرَةَ جِزَافًا ، أو كان ثياباً أو حيواناً فقبضه نقله . لقول ابن عمر : « كُنَّا نَشْتَرِي الطَّعَامَ مِنَ الرُّكْبَانِ جِزَافًا فَهَآءَا النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ نَدْبِعَهُ حَتَّى نَنْقُلَهُ مِنْ مَكَانِهِ » متفق عليه . وإن كان الرهنُ غيرَ منقول ، كالعمار ، والثمره على الشجرة ، فقبضه التخليّة بين مرتهنيه وبينه ، من غير حائل ، بأن يفتح له باب الدار . أو يسلم إليه مفتاحها . وإن خلى بينه وبينها ، وفيها قماش للراهن ، صحّ التسليم . لأن اتصالها بملك الراهن لا يمنع صحّة التسليم ، كالثمره في الشجرة . وكذلك لو رهنه دابةً عليها حمل للراهن ، فسلمها إليه ، صحّ التسليم . ولو رهن الحمل وهو على الدابة ، وسلمها إليه بحملها ، صحّ القبض . لأن القبض حصل فيهما جميعاً . فيكون موجوداً في الرهن منهما .

٣٣٣٩ (فصل) وإن رهنه سَهْمًا مُشَاعًا مَّا لَا يُنْقَلُ ، خَلَى يَدَهُ ، وبينه ، سواء حضر الشريك ، أو لم يحضر . وإن كان منقولاً ، كالجوهره يُرْهَنُ نِصْفُهَا ، فقبضها تناولها ، ولا يمكن تناولها إلا برضا الشريك . فإن رضى الشريك تناولها . وإن امتنع الشريك فرضى المرتهن ، والراهن يكونها في يد الشريك جاز . وناب عنه في القبض . وإن تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لها . وإن ناو لها الراهن للمرتهن بغير رضا الشريك فتناولها . فإن قلنا : استدامة القبض شرط . لم يكن ذلك التناول ، وإن قلنا : ليس بشرط . فقد حصل القبض . لأن الرهن حصل في يده مع التعدّي في غيره . فأشبهه ما لو رهنه ثوباً ، فسلمه إليه مع ثوبٍ لغيره ، فتناولها معاً . ولو رهنه ثوباً ، فأشبهه عليه بغيره ، فسلم إليه أحدهما لم يثبت القبض . لأنه لا يعلم أنه أقبضه الرهن . فإن تبين أنه الرهن تبين صحّة التسليم ، وإن سلم إليه الثوبين معاً حصل القبض ، لأنه قد تسلم الرهن بغيره .

٣٣٤٠ (فصل) ولو رهنه داراً ، فخلّى يَدَهُ ، وبينها ، وهما فيها ، ثم خرج الراهن صحّ القبض . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يصحّ حتّى يُخْلَى يَدُهُ وبينها بعد خروجه منها . لأنه ما كان في الدار فيدّه عليها ، فما حصلت التخليّة .

وانسا : أن التخليّة تصحّ بقوله مع التمسكين منها وعدم المانع . فأشبهه ما لو كانا خارجين عنها . ولا يصحّ ما ذكره ، ألا ترى أن خروج المرتهن منها لا يُزِيلُ يَدَهُ عنها ، ودخوله إلى دار غيره لا يُثَبِّتُ يَدَهُ عليها ؟ ولأنه يخرج عنه مُحَقَّقُ لقوله . فلا معنى لإعادة التخليّة .

٣٣٤١ (فصل) وإن رهنه مالاً له في يد المرتهن عاريةً ، أو ودّيعَةً ، أو غَصْبًا ، أو نحوه ، صحّ

الرهن . لأنه مالك له ، يمكن قبضه . فصَحَّ رهنه ، كما لو كان في يده . وظاهر كلام أحمد : لزوم الرهن بنفس العقد من غير احتياج إلى أمر زائد . فإنه قال : إذا حصلت الوديعة في يده بعد الرهن فهو رهن . فلم يُعتبر أمراً زائداً ، وذلك لأن اليد ثابتة ، والقبض حاصل : وإنما يتغير الحكم لا غير . ويمكن تغيير الحكم مع استدامة القبض ، كما لو طُلب بالوديعة فجحدَها ، لتغير الحكم ، وصارت مضمونة عليه من غير أمر زائد ، ولو عاد الجاحد فأقرَّ بها ، وقال لصاحبها : خذ وديعتك ، فقال : دَعَهَا عنْدَكَ وديعةً كما كانت ، ولا ضمان عليك فيها ، لتغير الحكم من غير حدوث أمر زائد . وقال القاضي ، وأصحاب الشافعي : لا يصير رهنًا حتى تمضي مدة يتأقَّبُ قبضه فيها ، فإن كان منقولاً فبمضي مدة يمكن نقله فيها . وإن كان مكيناً فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها ، وإن كان غير منقول فبمضي مدة التخلية ، وإن كان غائباً عن المرهن لم يصِرْ مقبوضاً حتى يوافيه هو ، أو وكيله ، ثم تمضي مدة ينكُ قبضه فيها . لأن العقد يفتقر إلى القبض . والقبض إنما يحصل بملكه ، أو بملكه . وبكفي ذلك ، ولا يحتاج إلى وجود حقيقة القبض . لأنه مقبوض حقيقة . فإن تلف قبل مضي مدة يتأقَّبُ قبضه فيها ، فهو كتلف الرهن قبل قبضه . ثم هل يفتقر إلى الإذن من الراهن في القبض ؟ يحتمل وجهين :

أحدهما : يفتقر . لأنه قبض يلزم به عقد غير لازم . فلم يحصل بغير إذن ، كما لو كان في يد الراهن . وإقراره في يده لا يكفي . كما لو أقرَّ المصوب في يد غاصبه مع إمكان أخذه منه . والثاني : لا يفتقر إلى إذن في القبض . لأن إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض . فإن أذن له في القبض ، ثم رجع عنه قبل مضي مدة يتأقَّبُ القبض فيها ، لم يلزم الرهن ، حتى يعود فيأذن ، ثم تمضي مدة يقبضه في مثلها .

٣٢٤٢ (فصل) فإذا رهنه المضمون ، كالغصوب ، والعارية ، والمقبوض في بيع فاسد ، أو على وجه السؤم ، صح ، وزال الضمان . وبهذا قال مالك ، وأبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يزول الضمان . ويثبت فيه حكم الرهن . والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله . لأنه لا تنافي بينهما . بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضموناً ضمان الغصب . وهو رهن كما كان . فكذلك ابتداءه . لأنه أحد حالات الرهن .

ولنا : أنه مأذون له في إمساكه رهنًا لم يتحدد منه فيه عدوان . فلم يضمنه ، كما لو قبضه منه ، ثم أقبضه لئبائه ، أو أبراه من ضمانه . وقولهم : لا تنافي بينهما ممنوع . فإن العاصب يده عارية يجب عليه إزالتها ، ويد المرتهن حجة جعلها الشرع له ، ويد المرتهن يد أمانة . ويد العاصب ، والمستعير ، ونحوهما يد ضامنة . وهذان متنافيان . ولأن السبب المقتضى للضمان زال ، فزال الضمان لزواله ، كما لو رده إلى مالكه . وذلك لأن سبب الضمان الغصب ، والعارية ، ونحوهما . وهذا لم يبق غاصباً ، ولا مستعيراً ،

ولا يبقى الحكم مع زوال سببه ، وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه . وأما إذا تمضى فى الرهن ، فإنه يلزمه الضمانُ ائدوانه ، لا لكونه غاصباً ، ولا مُستعيراً . وهما قد زال سببُ الضمان ، ولم يحدث ما يوجبُه ، فلم يثبت .

٣٢٤٣ (فصل) ويجوز أن يُوكَّل فى قبض الرهن ، ويقوم قبضُ وكيله مقام قبضه فى لزوم الرهن وسائر أحكامه . وإن وُكِّل المرتهنُّ الراهنَ فى قبض الرهن له من نفسه ، لم يصح . ولم يكن ذلك قبضاً . لأنَّ الرهنَ وثيقةٌ ليستوفى الحقُّ منه ، عند تعذُّر استيفائه من الراهن . فإذا كان فى يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة . وقد ذكرنا فى البيع أن المشتري لو دفع إلى البائع غِزَّارةً ، وقال : كلَّ حَقِّي فى هذه ففعل . كان ذلك قبضاً ، فيخرج ههنا كذلك .

٣٢٤٤ (فصل) وإذا أقرَّ الراهنُ بتقبُّض الرهن ، أو أقرَّ المرتهنُّ بقبضه ، كان ذلك مقبولاً فيما يمكن صدقهما فيه . وإن أقرَّ الراهنُ بالتقبُّض ، ثم أنكره ، وقال : أقررتُ بذلك ولم أكن قبضتُ شيئاً ، أو أقرَّ المرتهنُّ بالتقبُّض ، ثم أنكر ، فالقولُ قولُ المقرِّ له . فإن طلب المنكر يمينه ففيه وجهان :

أحدهما : لا يلزمه يمين . لأنَّ الإفراز أقوى من البينة ، ولو قامت البينة بذلك وطلب المشهودُ عليه يمينَ خصمه لم يُقبل منه ، فكذلك الإفراز .

والثانى : يلزمه اليمين . وهو قول الشافعى فى منصوصه . لأنَّ العادةَ جاريةٌ بأنَّ الإنسان يشهدُ على نفسه بالتقبُّض قبله ، فتُسمَعُ دعواه . ويلزم خصمه اليمينُ . لما ذكرنا من حُكم العادة . وهذا أجود . ويُفارق البينة . فإنها لا تشهدُ بالحقِّ قبله ، ولو فعلت ذلك لم تكن بيينةً عادلةً ، وقال القاضى : إن كان المقرُّ غائباً ، فقال : أقررتُ لأنَّ وكيلي كتبَ إلىَّ بذلك ، ثم بان لى خلافه . سمعنا قوله ، وأحلفنا خصمه . وإن أقرَّ أنه باشر ذلك بنفسه ، ثم عاد فأكذب نفسه . لم يحلف خصمه . وهذا قول بعض أصحاب الشافعى ، فأما إن اختلفا فى القبض ، فقال المرتهنُّ : قبضته وأنكر الراهنُ ، فالقولُ قولُ من هو فى يده . لأنه إن كان فى يد الراهن فالأصلُ معه ، وهو عدمُ الإباض ، ولم يوجد ما يدلُّ على خلافه . وإن كان فى يد المرتهن فقد وُجد القبضُ ، لكونه لا يحصلُ فى يده إلا بعد قبضه . وإن اختلفا فى الإذن ، فقال الراهن : أخذته بغير إذنى . قال : بل بإذنك ، وهو فى يد المرتهن . فالقولُ قوله . لأنَّ الظاهر معه . فإن العقد قد وُجد ، وبدء تدلُّ على أنه بحق . ويحتمل أن يكون القولُ قولَ الراهن . لأنَّ الأصل عدمُ الإذن ، وهذا مذهبُ الشافعى . وذكر القاضى هذين الوجهين .

٣٢٤٥ (فصل) وإذا رهنه عينيْن ، فتلفت إحداهما قبل قبضها ، انسخ العقدُ فيها ، دون الباقية ،

لأنّ العقد كان صحيحاً فيهما ، وإنّما طرأ انفساخ العقد في إحداها ، فلم يؤثر ، كما لو اشترى شيئين . ثم ردّ أحدهما بعيب ، أو خيار ، أو إقالة ، والراهن مخير بين إقباض الباقية ، وبين منعها ، وإن كان التلف بعد قبض الأخرى فقد لزم الرهن فيها ، وإن كان الرهن مشروطاً في بيع ثبت للبائع الخيار ، لتمنّيه الرهن بكماله ، فإن رضى لم يسكن له المطالبة بتبدل الثاقل ، لأنّ الرهن لم يلزم فيها . وتكون المقبوضة رهناً بجميع الثمن ، ولو تلفت إحدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع . لأنّ الرهن لو تلف كلّ لم يكن له خيار ، فإذا تلف بعضه أولى ، ثمّ إن كان تلفها بعد قبض العين الأخرى فقد لزم الرهن فيها ، وإن كان قبل قبض الأخرى ، فالراهن مخير بين إقباضها ، وبين تركه . فإن امتنع من تعريضها ثبت للبائع الخيار ، كما لو لم تتألف الأخرى .

٣٢٤٦ (فصل) وإن رهنه داراً ، فأنهدمت قبل قبضها ، لم يفسخ عقد الرهن . لأنّ مالتيتها لم تذهب بالسكنية ، فإن عرّضتها ، وأنقضها باقية . ويثبت للمرتهن الخيار إن كان الرهن مشروطاً في بيع . لأنها تعييت ، ونقصت قيمتها .

فإن قيل : فلم لا يفسخ عقد الرهن ، كما تنفسخ الإجارة ؟

قلنا : الإجارة عقد على منفعة السكنى ، وقد تعذرت ، وعُدّت . فبطل العقد لعدم المقود عليه ، والرهن عقد استيثاق يتملّق بالأعيان التي فيها المالتية ، وهي باقية ، فعلى هذا تكون العرصة ، والأنقاض من الأخشاب ، والأحجار ونحوها من الرهن ، لأنّ العقد وردّ على جميع الأعيان ، والأنقاض منها . وما دخل في العقد استقرّ بالقبض .

٣٢٤٧ (فصل) وكلّ عين جاز بيعها جاز رهنها . لأنّ مقصود الرهن الاستيثاق بالدين ، للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن ، إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن . وهذا يتحقق في كلّ عين جاز بيعها ، ولأنّ ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن ، ومحلّ الشيء محلّ الحكمة ، إلّا أن يمنع مانع من ثبوته ، أو يفوت شرط . فينتفى الحكم لانتفائه . فيصح رهن أشاع لذلك ، وبه قال ابن أبي ليلى ، ومالك ، والبتى ، والأوزاعي ، وسوّار ، والمنبري ، والشافعي ، وأبو ثور . وقال أصحاب الرأي : لا يصح رهنه ، إلّا أن يرهنه من شريكه ، أو يرهنها الشريكان من رجل واحد . أو يرهن رجل داره من رجلين فيقبضانها معاً ، لأنه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصال به . فلم يصح ، كما لو تزوج أخيه من الرضاع .

بيانه : أن مقصوده الحبس الدائم ، والمشاع لا يمكن المرتهن حبسه ، لأنّ شريكه ينفذه يوم

نَوَيْتِهِ . ولأنَّ استدامة القبض شرطٌ ، وهذا يستحقُّ زوالَ اليدِ عنه لمعنى قارنَ العقد ، فلم يصحَّ رهنه ، كالمنصوب .

ولنا : أنها عينٌ يجوزُ بيعُها في محلِّ الحقِّ ، فيصحَّ رهنُها ، كالمُفَرَّزَةِ . ولا نُسَلِّمُ أنَّ مقصوده الحبسُ ، بل مقصوده استيفاءُ الدين من ثمنه عند تعذُّره من غيره ، والمُشَاعُ قابلٌ لذلك . ثم يبطل ما ذكره برهن القاتل ، والمرتد ، والمنصوب ، ورهن ملك غيره ، بغير إذنه ، من غير ولاية . فإنه يصحَّ عندهم .

٣٢٤٨ (فصل) ويصحُّ أن يرهنَ بعضَ نصيبه من المُشَاعِ ، كما يصحُّ أن يرهنَ جميعه ، سواء رهنه مُشَاعاً في نصيبه ، مثلُ أن يرهنَ نصفَ نصيبه ، أو يرهنَ نصيبه من مُعَيَّن ، مثلُ أن يكون له نصفُ دارٍ ، فيرهنَ نصيبه من بيتٍ منها بعيته . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أن لا يصحَّ رهنُ حصته من مُعَيَّن ، من شئ . ثُمَّ كُنْ قِسْمَتَهُ ، لاحتمال أن يقسم الشريكان . فيحصل الرهنُ في حصّةٍ شريكه . ولنا : أنه يصحُّ بيعه . فصحَّ رهنه ، كغيره ، وما ذكره لا يصحُّ . لأنَّ الراهن ممنوعٌ من التصرف في الرهن بما يضرُّ بالمرتهن ، فيُمنع من القسمة المُضَرَّة ، كما يُمنع من بيعه .

٣٢٤٩ (فصل) ويصحَّ رهنُ المرتدِّ ، والقاتل في الحاربة ، والجاني ، سواء كانت جنابته عمداً ، أو خطأ على النفس ، وما دونها . وقال القاضى : لا يصحَّ رهنُ القاتل في الحاربة ، واختار أبو بكر : أنه لا يصحَّ رهنُ الجاني ، وهو مذهبُ الشافعى . ومبنى الخلاف في هذا : على الخلاف في بيعه ، وقد سبق الكلامُ فيه في موضعه . ثم إن كان المرتهن عالماً بحاله ، فلا خيارَ له . لأنه دخل على بصيرة ، فأشبه المشتري إذا علم العيبَ ، وإن لم يكن عالماً ، ثم علم بعد إسلام المرتدِّ ، وفداء الجاني . فكذلك . لأن العيب زال . فهو كما لو زال عيبُ المبيع ، وإن علم قبل ذلك فله ردُّه ، وفسخُ البيع ، إن كان مشروطاً في عقد بيع . لأن الشرط اقتضاه سلباً . فإذا سُلِّمَ إليه مَعِيَّاً ملك الفسخ ، كالبيع ، وإن اختار إمساكه فليس له أرشٌ ولا شيء . لأنَّ الرهنَ بِجُمْلَتِهِ لو تلف قبل قبضه لم يملك بدله ، فبعضه أولى . وكذلك لو لم يعلم حتى قُتِلَ العبد باردةً ، أو القصاص ، أو أُخِذَ في الجناية . فلا أرشٌ للمرتهن . وذكر القاضى : أنَّ قياسَ المذهب : أن له الأرشَ في هذه المواضع ، قياساً على البيع . وليس الأمر كذلك . فإن المبيع عوضٌ عن الثمن . فإذا فات بعضه رجع بما يقابله من الثمن ، ولو فات كله ، مثلُ أن يتلف المبيع قبل قبضه ، رجع بالثمن كله ، والرهن ليس بعوض . ولو تلف كله قبل القبض لما استحقَّ الرجوع بشيء ، فكيف يستحقَّ الرجوع ببديل عيبه ، أو فوات بعضه ؟ وإن امتنع السيد من فداء الجاني لم يُجْبَر ، ويُبَاع في الجناية . لأنَّ حقَّ المجنى عليه مُقَدَّم على الرهن . فأشبهه مالو حدثت الجناية بعد الرهن ، فعلى هذا : إن استغرق

الأرض قيمته ، بيع ، وبطل الرهن ، وإن لم يستغرقها ، بيع منه بقدر الأرض ، والباقي رهن .
 ٣٢٥٠ (فصل) ويصح رهن المسدب في ظاهر المذهب ، بفاء على جواز بيعه . ومنع منه أبو حنيفة ، والشافعي . لأنه علق عتقه بصفة . أشبه ما لو علق عتقه بصفة توجد قبل حلول الحق .
 ونذا : أنه عقد يقصد منه استيفاء الحق من العين ، أشبه الإجارة ، ولأنه علق عتقه بصفة لا تمنع استيفاء الحق ، أشبه ما لو علقه بصفة توجد بعد حلول الحق . وما ذكروه ينتقض بهذا الأصل ، ويفارق التدبير التعاقب بصفة تحل قبل حلول الدين ، لأن الرهن لا يمنع عتقه بالصفة ، فإذا عتق تعذر استيفاء الدين منه ، فلا يحصل المقصود . والدين في المدبر يمنع عتقه بالتدبير . ويقدم عليه . فلا يمنع حصول المقصود . والحكم فيما إذا علم التدبير ، أو لم يعلم ، كالحكم في العبد الجاني ، على ما فصل فيه . ومتى مات السيد قبل الوفاء ، فعتق المدبر بطل الرهن . وإن عتق بعضه بقي الرهن فيما بقي . وإن لم يكن للسيد مال يفضل عن وفاء الدين ، يبيع المدبر في الدين ، وبطل التدبير . لأن الدين مقدم على التدبير . ولا يبطل الرهن ، وإن كان الدين لا يستغرقه ، يبيع منه بقدر الدين ، وعتق منه ثلث الباقي . وما بقي للورثة .

٣٢٥١ (فصل) فأما المكاتب فالصحيح : أنه لا يصح رهنه . وهو مذهب الشافعي ، لأن استخدام القبض في الرهن شرط في الصحيح . ولا يمكن ذلك في المكاتب . وقال القاضي : قياس المذهب : صحة رهنه . وهو مذهب مالك . لأنه يجوز بيعه ، وإيفاء الدين من ثمنه . فعلى هذا يكون ما يؤديه من نجوم كتابته رهناً معه . فإن عجز ثبث الرهن فيه ، وفي اكتسابه ، وإن عتق كان ما أداه من نجومه رهناً ، بمنزلة ما لو كسب العبد القن ، ثم مات .

٣٢٥٢ (فصل) وأما من علق عتقه بصفة تحل قبل حلول الحق كمن علق عتقه بهلال رمضان ، وحل الحق آخره . لم يصح رهنه ، لكونه لا يمكن بيعه عند حلول الحق ، ولا استيفاء الدين من ثمنه . وإن كان الدين يحل قبلها ، مثل أن يعلق عتقه بآخر رمضان ، والحق يحل في أوله صح رهنه . لإمكان استيفاء الدين من ثمنه . فإن كانت تحمل الأمرين كقدم زيد . فقياس المذهب : صحة رهنه لأنه في الحال محل للرهن ، يمكن أن يبقى حتى يستوفي الدين من ثمنه . فصح رهنه ، كالريض ، والمدبر ، وهذا مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ، ويحتمل أن لا يصح رهنه ، لأن فيه غرراً ، إذ يحتمل أن يعتق قبل حلول الحق ، ولأصحاب الشافعي فيه اختلاف على نحو ما ذكرنا .

٣٢٥٣ (فصل) ويجوز رهن الجارية دون ولدها ، ورهن ولدها دونها . لأن الرهن لا يزبل الملك . فلا يحصل بذلك تفرقة ، ولأنه يمكن تسليم الولد مع أمه ، والأم مع ولدها . فإن دعت الحاجة إلى بيعها في الدين ، يبيع ولدها معها . لأن الجمع في العقد ممكن ، والتفريق بينهما حرام . فوجب بيعه

معيها . فإذا بيعا مما تعلق حق المرتهن من ذلك بقدر قيمة الجارية من الثمن ، فإذا كانت قيمتها مائة ، مع أنها ذات ولد ، وقيمة الولد خمسون ، فخصتها ثلثا الثمن ، وإن لم يعلم المرتهن بالولد ، ثم عليم ، فله الخيار في الرد ، والامساك ، لأن الولد غيب فيها ، لسكونه لا يمكن بيعها بدونه ، فإن أمسك ، فهو كما لو علم حال العقد ، ولا شيء له غيرها ، وإن ردّها فله فسخ البيع ، إن كانت مشروطة فيه .

٣٣٥٤ (فصل) ويصح رهن ما يسرع إليه الفساد ، سواء كان مما يمكن إصلاحه بالتجفيف ، كالعنب ، والرطب ، أو لا يمكن ، كالبطيخ ، والطبيخ ، ثم إن كان مما يجفف فعلى الراهن تجفيفه ، لأنه من مؤنة حفظه وتبقيته ، فيلزم الراهن ، كدفعه الحيوان ، وإن كان مما لا يجفف ، فإنه يباع ، ويقضى الدين من ثمنه ، إن كان حالاً ، أو يحلّ قبل فساد ، وإن كان لا يحلّ قبل فساد جمل ثمنه مكانه رهنًا ، سواء شرط في الرهن بيعه ، أو أطلق . وقال أصحاب الشافعي : إن كان مما يفسد قبل محلّ الدين ، فشرط المرتهن على الراهن بيعه ، وجعل ثمنه مكانه صح ، وإن أطلق فعلى قولين : (أحدهما) لا يصح . لأن بيع الرهن قبل حلول الحق لا يقتضيه عقد الرهن ، فلم يجب ، ولم يصح رهنه ، كما لو شرط أن لا يبيعه ، وذكر القاضى فيه وجهين كالقولين :

ولنا . أن العرف يقتضى ذلك : لأن المالك لا يعرض ملكه للتلف ، والمهلك ، فإذا تمّين حفظه في بيعه محلّ عليه مطلق العقد ، كتجفيف ما يجف ، والإنفاق على الحيوان ، وحزّ ما يحتاج إلى حزّ ، وأما إذا شرط أن لا يباع ، فلا يصح ، لأنه شرط ما يقتضين فساد ، وفوات المقصود ، فأشبه ما لو شرط أن لا يجفف ما يجف ، أو لا ينفق على الحيوان .

وإذا ثبت ما ذكرناه فإنه إن شرط للمرتهن بيعه ، أو أذن له في بيعه بعد العقد ، أو اتفقا على أن يبيعه الراهن ، أو غيره باعه ، وإن لم يسكن ذلك باعه الحاكم ، وجعل ثمنه رهنًا ، ولا يقضى الدين من ثمنه ، لأنه ليس له تعجيل وفاء الدين قبل حلوله ، وكذلك الحكم إن رهنه ثيابًا ، تخاف تلفها ، أو حيوانًا ، وخاف موته ، قال أحمد فيمن رهن ثيابًا يخاف فسادها ، كالصوف : أتى السلطان ، فأمره ببيعها .

٣٣٥٥ (فصل) ويجوز رهن المصير . لأنه يجوز بيعه . وتعرضه للخروج عن المالتية لا يمنع صحة رهنه ، كالمرضى ، والجاني . ثم إن استحصال إلى حال لا يخرج فيها عن المالتية كالحل . فالرهن بحاله ، وإن صار خمرًا زال لزوم العقد ، ووجب إراقته . فإن أريق بطل العقد فيه . ولا خيار للمرتهن ، لأن التلف حصل في يده . وإن عاد خلًا ، عاد اللزوم بحكم العقد السابق ، كما لو زالت يد المرتهن عن الرهن ، ثم عادت إليه . وإن استحصال خمرًا قبل قبض المرتهن له ، بطل الرهن . ولم يعد بعوده خلًا . لأنه عقد ضعيف ، لعدم القبض فيه ، فأشبهه لإسلام أحد الزوجين قبل الدخول . وذكر القاضى : أن

المصير إذا استحال خيراً بعد القبض بطل الرهن . ثم إذا عاد خلاً عاد ملكاً لصاحبه ، مرهوناً بالعقد السابق . لأنه يعود مملوكاً بحكم الملك الأول . فيعود حكم الرهن أيضاً . لأنه زال بزوال الملك فيعود بعوده . وهذا مذهب الشافعي . وقال مالك ، وأبو حنيفة : هو رهنٌ بحاله . لأنه كانت له قيمة حالة كونه عسيراً ، ويجوز أن يصير له قيمة . فلا يجوز أن يزول الملك عنه . كما لو ارتد الجاني . ولأن اليد لم تزل عنه حكماً . ولهذا لو غصبه غاصب فتخلل في يده ، كان ملكاً للمغصوب منه ، ولو زالت يده لكان ملكاً للغاصب ، كما لو أراقه ، فجمعه إنسان ، فتخلل في يده ، كان له ، دون من أراقه . وهذا القول هو قولنا الأول في المعنى ، إلا أن يقولوا ببقاء اللزوم فيه حال كونه خيراً . ولم يظهر لي فائدة الخلاف بمد اتفاقهم على عوده رهنًا باستحالته خلاً ، وأرى القول ببقائه رهنًا أقرب إلى الصحة . لأن العقد لو بطل لما عاد صحيحاً من غير ابتداء عقد .

فإن قالوا : يمكن عوده صحيحاً لمؤد المعنى الذي بطل بزواله . كما أن زوجة الكافر إذا أسلمت خرجت من حكم العقد ، لاختلاف دينهما . فإذا أسلم الزوج في الدعة عادت الزوجية بالعقد الأول ، لزوال الاختلاف في الدين .

قلنا : هناك ما زالت الزوجية ، ولا بطل العقد . ولو بطل بانقضاء الدعة لما عاد إلا بعقد جديد ، وإنما العقد كان موقوفاً مراعى . فإذا أسلم في الدعة تبيننا أنه لم يبطل ، وإن لم يسلم تبيننا أنه كان قد بطل . وههنا قد جزمتم بطلانه .

٣٣٥٦ (فصل) وهل يصح رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع ، أو الزرع الأخضر ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يجوز . وهو اختيار القاضي . لأن الفرر يقل فيه . فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه في ذمة الراهن ، ولأنه يجوز بيعه ، فجاز رهنه ، ومتى حل الحق بيع . وإن اختار المرتهن تأخير بيعه ، فله ذلك .

والثاني : لا يصح . وهو نص الشافعي . لأنه لا يجوز بيعه . فلا يصح رهنه ، كسائر ما لا يجوز بيعه ، وذكر القاضي : أنه يجوز رهن المبيع الذي يشترط قبضه ، كالكيل ، والموزون قبل قبضه . لأن قبضه مستحق . فيمكن المشتري قبضه ، ثم يقبضه . أما المبيع ، فإنه يقضى إلى أن يربح فيما لم يضمن ، وهو منهي عنه . ويحتمل أن لا يصح رهنه . لأنه لا يصح بيعه .

٣٣٥٧ (فصل) وفي رهن المصحف روايتان .

إحداهما : لا يصحّ رهنه . نقل الجماعة عنه : لا أرخص في رهن المصحف . وذلك لأن المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه . ولا يحصل ذلك إلا ببيعه ، وبيعه غير جائز .
والثانية : يصحّ رهنه . فإنه قال : إذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بإذنه ، فظاهر هذا صحة رهنه . وهو قول مالك ، والشافعيّ ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، بناءً على أنه يصحّ بيعه . فصحّ رهنه ، كغيره .
٣٢٥٨ (فصل) ويجوز أن يستعير شيئاً يرهنه . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنائير معلومة عند رجل سمّاه إلى وقت معلوم ، ففعل : أن ذلك جائز . وينبغي أن يذكر المرتهن والقدر الذي يرهنه به ، وجنسه ، ومدة الرهن . لأن الضرر يختلف بذلك . فاحتيج إلى ذكره كأصل الرهن . ومتى شرط شيئاً من ذلك ، تخالف ، ورهنه بغيره ، لم يصحّ الرهن . لأنه لم يؤذن له في هذا الرهن ، فأشبهه من لم يأذن في أصل الرهن ، قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على ذلك . وإن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه ، مثل أن يأذن له في رهنه بمائة ، فيرهنه بخمسين صحّ . لأنّ مَنْ أذن في مائة ، فقد أذن في خمسين . وإن رهنه بأكثر ، مثل أن رهنه بمائة وخمسين احتل أن يبطل في الكل . لأنه خالف المنصوص عليه ، فبطل ، كما لو قال : أرهنه بدنانير ، فرهته بدراهم ، أو بحال فرهته بمؤجل أو بمؤجل فرهته بحال . فإنّه لا يصحّ . كذلك ههنا . وهذا منصوص الشافعيّ .

والوجه الثاني : أنه يصحّ في المائة . ويبطل في الزائد عليها . لأن المقدر تناول ما يجوز ، وما لا يجوز ، فجاز فيما يجوز دون غيره ، كتفريق الصفقة ، ويفارق ما ذكرنا من الأصول . فإنّ المقدر لم يتناول مأذوناً فيه بحال . وكل واحد من هذه الأمور يتعلق به غرض ، لا يوجد في الآخر . فإنّ الراهن قد يقدر على فككاه في الحال ، ولا يقدر على ذلك عند الأهل ، وبالعكس . وقد يقدر على فككاه بأحد النقدين دون الآخر ، فيفتوت الغرض بالخالف : وفي مسألة : إذا صحّ في المائة المأذون فيها لم يختلف الغرض . فإن أطلق الرهن في الإذن من غير تعيين ، فقال القاضي : يصحّ ، وله رهنه بما شاء . وهو قول أصحاب الرأي ، وأحد قولي الشافعيّ .

والآخر : لا يجوز حتى يُبين قدر الذي يرهنه به ، وصفته ، وحلوله ، وتأجيله . لأنّ هذا بمنزلة الضمان . لأن منفعة العبد لسيّده ، والعارية ما أفادت المنفعة ، إنما حصّات له نفعا يكون الرهن وثيقة عنه ، فهو بمنزلة الضمان في ذمته ، وضمان الجهمول لا يصحّ .

ولنا : أنها عارية ، فلم يشترط لصحتها ذكر ذلك ، كالعارية لغير الرهن ، والدليل على أنه عارية : أنّه قبض مالك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها ، من غير عوض . فكان عارية كقبضه للخدمة . وقولهم :

إِنَّهُ ضَمَانٌ غَيْرُ صَحِيحٍ . لِأَنَّ الضَّمَانَ يَثْبُتُ فِي الذَّمَّةِ . وَلِهَذَا ثَبَتَ فِي الرَقْبَةِ ، وَلِأَنَّ الضَّمَانَ لَا زَمَّ فِي حَقِّ الضَّامِنِ . وَهَذَا لَهُ رَجُوعٌ فِي الْعَبْدِ قَبْلَ الرَّهْنِ ، وَإِلْزَامُ الْمُسْتَعِيرِ بِفَسْكَائِهِ بَعْدَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنْ الْمَنَافِعُ لِلسَّيِّدِ قُلْنَا : الْمَنَافِعُ مُخْتَلِفَةٌ . فَيَجُوزُ أَنْ يَسْتَعِيرَهُ لِتَحْصِيلِ مَنْفَعَةٍ وَاحِدَةٍ . وَسَائِرُ الْمَنَافِعِ لِلسَّيِّدِ ، كَمَا لَوْ اسْتَعَارَهُ بِحِفْظِ مَتَاعٍ ، وَهُوَ مَعَ ذَلِكَ يَخْطِطُ لِسَيِّدِهِ ، أَوْ يَعْمَلُ لَهُ شَيْئًا ، أَوْ اسْتَعَارَهُ لِيَخْطِطَ لَهُ ، وَيَحْفَظُ الْمَتَاعَ لِسَيِّدِهِ .

فَإِنْ قِيلَ : لَوْ كَانَ عَارِيَةً لَمَا صَحَّ رَهْنُهُ . لِأَنَّ الْعَارِيَةَ لَا تَلْزَمُ ، وَالرَّهْنَ لَا زَمَّ .

قُلْنَا : الْعَارِيَةُ غَيْرُ لَا زَمَةٍ مِنْ جِهَةِ الْمُسْتَعِيرِ : فَإِنَّ لِصَاحِبِ الْعَبْدِ الْمَطَالِبَةَ بِفَسْكَائِهِ ، قَبْلَ حُلُولِ الدِّينِ ، وَلِأَنَّ الْعَارِيَةَ قَدْ تَسْكُونُ لَا زَمَةً . بِدَلِيلِ مَا لَوْ أَعَارَهُ حَائِطًا لِيُدْبِيَ عَلَيْهِ . أَوْ أَرْضًا لِيُذْفِنَ فِيهَا ، أَوْ لِيَزْرَعَ فِيهَا مَا لَا يَخْصَدُ قَصِيلاً .

إِذَا ثَبَتَ : هَذَا فَإِنَّهُ بَصَحَّ رَهْنُهُ بِمَا شَاءَ ، إِلَى أَى وَقْتٍ شَاءَ ، مِمَّنْ شَاءَ . لِأَنَّ الْإِذْنَ يَقْتَضِي الْكُلَّ بِاطْلَاقِهِ . وَلِلسَّيِّدِ مَطَالِبَةُ الرَّاهِنِ بِفَسْكَائِهِ الرَّهْنِ ، حَالًا كَانَ أَوْ مُؤَجَّلًا فِي مَحَلِّ الْحَقِّ ، وَقَبْلَ مَحَلِّهِ . لِأَنَّ الْعَارِيَةَ لَا تَلْزَمُ ، وَمَتَى حُلَّ الْحَقِّ فَلَمْ يَقْبِضْهُ فَلِلْمُرْتَهِنِ بَيْعُ الرَّهْنِ ، وَاسْتِيفَاءُ الدِّينِ مِنْ ثَمَنِهِ . وَيَرْجِعُ الْمُعِيرُ عَلَى الرَّاهِنِ بِالضَّمَانِ . وَهُوَ قِيَمَةُ الْعَيْنِ الْمُسْتَعَارَةِ ، أَوْ مِثْلُهَا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ ، وَلَا يَرْجِعُ بِمَا بِيَعَتْ بِهِ ، سِوَا الْبَيْعَةِ بِأَقْلَ مِنْ الْقِيَمَةِ ، أَوْ أَكْثَرَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَالصَّحِيحُ : أَنَّهَا إِنْ بِيَعَتْ بِأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهَا رَجَعَ بِالْقِيَمَةِ ، لِأَنَّ الْعَارِيَةَ مَضْمُونَةٌ ، فَيُضْمَنُ نَقْصُ ثَمَنِهَا ، وَإِنْ بِيَعَتْ بِأَكْثَرٍ رَجَعَ بِمَا بِيَعَتْ بِهِ . لِأَنَّ الْعَبْدَ مِلْكٌ لِلْمُعِيرِ ، فَيَسْكُونُ ثَمَنُهُ كُلَّهُ لَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَسْقَطَ الْمُرْتَهِنُ حَقَّهُ عَنِ الرَّاهِنِ رَجَعَ الثَّمَنُ كُلَّهُ إِلَى صَاحِبِهِ ، فَإِذَا قَضَى بِهِ دِينَ الرَّاهِنِ رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ وَجُوبِ ضَمَانِ النِّقْصِ أَنْ لَا تَسْكُونُ الزِّيَادَةُ لِصَاحِبِ الْعَبْدِ ، كَمَا لَوْ كَانَ بَاقِيًا بَعِيْنَهُ . وَإِنْ تَلَفَ الرَّهْنُ ضَمِنَهُ الرَّاهِنُ بِقِيَمَتِهِ ، سِوَا تَلَفٍ بِتَفْرِيطٍ ، أَوْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ ، نَصَّ عَلَى هَذَا أَحَدُهُ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعَارِيَةَ مَضْمُونَةٌ .

٣٣٥٩ (فصل) وَإِنْ فَكَّ الْمُعِيرُ الرَّهْنَ ، فَأَدَّى الدِّينَ الَّذِي عَلَيْهِ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ قَضَاهُ مُتَبَرِّعًا لَمْ يَرْجِعْ شَيْءٌ . وَإِنْ قَضَاهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ مُحْتَسِبًا بِالرَّجُوعِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَهَلْ يَرْجِعُ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا قَضَى دِينَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَيَتَرَجَّحُ الرُّجُوعُ هَهُنَا ، لِأَنَّ لَهُ الْمَطَالِبَةَ بِفَسْكَائِهِ عِنْدَهُ ، وَأَدَاءُ دِينِهِ ، فَسْكَائِهِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْإِذْنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الرَّاهِنِ مَعَ بَعِيْنِهِ ، لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَإِنْ شَهِدَ الْمُرْتَهِنُ لِلْمُعِيرِ قُبِيْلَتَ شَهَادَتِهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَجَرُّ بِهَا نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ بِهَا ضَرَرًا ، وَإِنْ قَالَ : أَذْنَتَ لِي فِي رَهْنِهِ بِعَشْرَةٍ ، قَالَ : بَلْ بِخُمْسَةٍ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَالِكِ . لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ لِلزِّيَادَةِ ، وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ،

وإن كان الدين مُؤَجَّلاً فقفاه حالاً بإذنه ، رجع به حالاً ، وإن قفاه بغير إذنه ، فقال القاضى : يرجعُ به حالاً أيضاً ، لأنه له المطالبة بِقَكِّ عبده فى الحال .

٣٢٦٠ (فصل) ولو استعار من رجلٍ عبداً لِيَرَهَنَهُ بِمائَةٍ فرهنه عند رجلين ، صحَّ . لأنَّ تعيين ما يرهَنُ به ليس بشرط . فكذلك من يرهَنُ عنده . ولأنَّ رهنه من رجلين أقلُّ ضرراً من رهنه عند واحد . لأنه ينفكُّ منه بمضاه بقضاء بعض الدين ، بخلاف ما لو كان رهنًا عند واحد : فعلى هذا إذا قضى أحدهما ما عليه من الدين خرج نصيبه من الرهن . لأنَّ عقد الواحد مع الاثنين عقدان فى الحقيقة ، ولو استعار عبداً من رجلين فرهنه عند واحدٍ بمائَةٍ ، فقفاه نصفها عن أحد النصيبين ، ففيه وجهان : أحدهما : لا ينفكُّ من الرهن شيء . لأنه عقدٌ واحدٌ من رهنٍ واحدٍ مع مرتينٍ واحدٍ . فأشبهه ما لو كان العبدُ لوَاحِدٍ .

والثانى : ينفكُّ نصفُ العبد . لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما إنما أذن فى رهن نصيبه بخمسين . فلا يكونُ رهنًا بأكثر منها ، كما لو صرح له بذلك . فقال : ارهن نصيبى بخمسين لا تزدُ عليها . فعلى هذا الوجه : إن كان المرتهنُ عالماً بذلك فلا خيارَ له . وإن لم يكن عالماً بذلك ، والرهنُ مشروط فى بيعٍ احتمل أن يكون له الخيارُ . لأنه دخل على أن كلَّ جزء من الرهن وثيقةٌ بجميع الدين ، وقد فاتته ذلك . ولو كان رهن هذا العبد عند رجلين ، فقضى أحدهما انفكَّ نصيبُ كُلِّ واحدٍ من المعينين من نصفه . وإن قضى نصف دين أحدهما انفكَّ فى نصيب أحدهما على أحد الوجهين . وفى الآخر ينفكُّ نصفُ نصيب كُلِّ واحدٍ منهما . والله أعلم .

٣٢٦١ (فصل) ولو كان لرجلين عبدان ، فأذن كُلَّ واحدٍ منهما لشريكه فى رهن نصيبه من أحد العبدين ، فرهنهما عند رجلٍ مُطلقاً صحَّ . فإن شرط أحدهما أننى متى قضيتُ ما على من الدين انفكَّ الرهنُ فى العبد الذى رهنته ، وفى العبد الآخر ، وفى قدر نصيبى من العبد الآخر . فهذا شرطٌ فاسدٌ . لأنه شرطٌ أن ينفكَّ بقضاء الدين رهنٌ على دينٍ آخر ، ويفسد الرهنُ . لأن فى هذا الشرط نقصاً على المرتهن . وكلَّ شرط فاسدٍ ينقصُ حقَّ المرتهنِ يفسدُ الرهن . فأما إن شرط أنه لا ينفكَّ شيء من العبد حتى يقضى جميع الدين ، فهو فاسدٌ أيضاً . لأنه شرط أن يبقى الرهنُ محبوساً بغير الدين الذى هو رهنٌ به ، لكنه لا ينقصُ حقَّ المرتهن . فهل يفسد الرهن بذلك ؟ على وجهين :

٣٢٦٢ (فصل) ولا يصحَّ رهنٌ ما لا يصحُّ بيعه . كأم الولد ، والوقف ، والعين المرهونة . لأنَّ مقصود الرهن استيفاءُ الدين من ثمنه . وما لا يجوزُ بيعه لا يمكنُ ذلك فيه . ولو رهن العين المرهونة عند المرتهن لم يجز . فلو قال الراهنُ المرتهن : زدنى مالاً يكونُ الرهنُ الذى عندك رهنًا به ، وبالدین الأول

لم يجوز . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد . وهو أحد قولى الشافعى ، وقال مالك ، وأبو يوسف ، وأبو ثور ، والمزنى ، وابن المنذر : يجوز ذلك . لأنه لو زاده رهناً جاز . فكذلك إذا زاد فى دين الرهن . ولأنه لو فدى المرتهن العبد الجاني بإذن الراهن لىكون رهناً بالمسأل الأول ، وبما فداه به جاز . فكذلك ههنا . ولأنها وثيقة تحضة . فجازت الزيادة فيها كالضمان .

ولنا : أنها عين مرهونة . فلم يجوز رهنها بدين آخر ، كالورهنها عند غير المرتهن ، فأما الزيادة فى الرهن فيجوز . لأنه زيادة استيثاق ، بخلاف مسألنا . وأما العبد الجاني فيصح فداؤه لىكون رهناً بالفداء ، والمال الأول ، لىكون الرهن لا يمنع تعلق الأرض بالجاني . لىكون الجناية أقوى . ولأن لولى الجناية المطالبة ببيع الرهن ، وإخراجه من الرهن ، فصار بمنزلة الرهن الجائر قبل قبضه . ويجوز أن يزيده فى الرهن الجائر حقاً قبل لزومه . فكذلك إذا صار جائزاً بالجناية . ويفارق الرهن الضمان . فإنه يجوز أن يضمن لغيره .

إذا ثبت هذا : فرهنه بحق ثان كان رهناً بالأول خاصة . فإن شهد بذلك شاهدان يعتقداً فساداه لم يكن لهما أن يشهدا به ، وإن اعتقدا صحته لم يكن لهما أن يشهدا أنه رهنه بالحقين مطلقاً ، بل يشهدان بكيفية الحال ، ليرى الحاكم فيه رأيه .

٣٣٦٣ (فصل) وأما رهن سواد العراق ، والأرض الموقوفة على المسلمين ، فالصحيح فى المذهب : أنه لا يجوز بيعها . فكذلك رهنها . وهذا منصوص الشافعى ، وما كان فيها من بنائها لحكمه حكمها ، وما كان فيها من غير تراها ، أو الشجر الجدد فيها إن أفرد بالبيع والرهن ، فهل يصح ؟ على روايتين . نص عليهما فى البيع إحداهما : يصح . لأنه طلق . والثانية : لا يجوز . لأنه تابع لما لا يجوز بيعه ولا رهنه ، فهو كاساسات الحيطان . وإن رهنه مع الأرض بطل فى الأرض ، وهل يجوز فى الأشجار والبناء على الرواية التى يجوز رهنها مفردة ؟ يخرج على الروايتين فى تفريق الصفقة . وهذا مذهب الشافعى رضى الله عنه .

٣٣٦٤ (فصل) ولا يصح رهن المجهول . لأنه لا يصح بيعه . فلو قال : رهنتك هذا الجراب ، أو البيت ، أو الخريطة بما فيها لا يصح . لأنه مجهول . وإن لم يقل : بما فيها صح رهنها للملم بها ، إلا أن يكون ذلك مما لا قيمة له ، كالجراب الخلق^(١) ، ونحوه . ولو قال : رهنتك أحد هذين العبدين لم يصح . لعدم التعيين ، وفى الجملة : أنه يعتبر للملم فى الرهن ما يعتبر فى البيع . وكذلك المفردة على التسليم . فلا يصح رهن الآبق ، ولا الجمل الشرد ، ولا غير مملوك^(٢) .

٣٣٦٥ (فصل) ولورهن عبداً ، أو باعه يعتقده مفضوباً ، فإن مذكاه ، مثل أن رهن عبداً بيه ،

(١) الخلق : بفتح الحاء واللام هو البالى التمزق . (٢) هكذا فى الأصول والصحيح غير المملوك .

فبان أن أباه قد مات ، وصار العبدُ مِلْكَةً بالميراث ، أو وكَّلَ إنساناً يشتري له عبداً من سيِّده ، ثم إن الموكلَ باع العبدَ ، أو رهنه ، يعتقدهُ لسيِّده الأول ، فبان أن تصرفه بعد شراء الوكيل له ، ونحو ذلك : صحَّ تصرفه . لأنَّه تصرف صدر من أهله ، وصادف مِلْكَةً . فصَحَّ ، كما لو علم . ويحتمل أن لا يصحَّ . لأنَّه اعتقده باطلاً .

٣٣٦٦ (فصل) ولو رهن المبيع في مُدَّة الخيار لم يصحَّ ، إلَّا أن يرهنه المشتري ، والخيار له وحده . فيصحَّ تصرفه ، ويبطلُ خياره . ذكره أبو بكر . وهو مذهب الشافعي . وكذلك بيعه وتصرفاته . ولو أفلس المشتري ، فرهن البائع عينَ ماله التي له الرجوعُ فيها لم يصحَّ . لأنَّه رهنٌ ما لا يملكه . وكذلك لو رهن الأبُ العينَ التي وهبها لابنه . قبل رجوعه فيها ، لم يصحَّ لما ذكرناه . وللشافعي في ذلك وجهان . أحدهما : يصحُّ . لأنَّ له استرجاعَ العين ، فتصرفه فيها يدلُّ على رجوعه فيها .

وانسا : أنه رهنٌ ما لا يملكه بغير إذن المالك ، ولا ولايةٍ عليه . فلم يصحَّ كما لو رهن الزوجُ نصفَ الصَّدَاق قبل الدخول .

٣٣٦٧ (فصل) ولو رهن ثمرةَ شجرةٍ يحملُ في السنةَ حَمَلَيْنِ لا يتميزُ أحدهما من الآخر ، فرهن الثمرة الأولى إلى محلِّ تحدث الثانيةُ على وجهٍ لا يتميز ، فالرهنُ باطلٌ . لأنَّه مجهولٌ حين حُلُولِ الحقِّ . فلا يمكنُ استيفاءُ الدينِ منه . فلم يصحَّ ، كما لو كان مجهولاً حين العقد ، وكما لو رهنه إياها بعد اشتباهاها ، فإن شرط قطع الأولى إذا خيف اختلاطها بالثانية صحَّ . فإن كان الحَمَلُ المرهونُ بحقِّ حالٍ ، وكانت الثمرة الثانيةُ تميِّزُ من الأولى إذا حدثت . فالرهنُ صحيحٌ ، فإن وقع التواني في قطع الأولى حتى اختلطت بالثانية ، وتعدَّر التمييزُ لم يبطل الرهنُ . لأنَّه وقع صحيحاً ، وقد اختلط بغيره على وجهٍ لا يمكن فصله . فعلى هذا إن سمح الراهنُ بكون الثمرة رهنًا ، أو اتفقا على قدر المرهون منهما ، فحسنٌ ، وإن اختلفا ، فالقولُ قولُ الراهن مع يمينه . في قدر الزهن . لأنَّه مُنْكَرٌ للقدر الزائد ، والقولُ قولُ المُنْكَرِ .

٣٣٦٨ (فصل) ولو رهنه منافعَ داره شهراً ، لم يصحَّ . لأنَّ مقصودَ الراهن استيفاء الدين من ثمنه . والمنافعُ تَهْلِكُ إلى حُلُولِ الحقِّ ، وإن رهنه أجرةَ داره شهراً ، لم يصحَّ . لأنَّها مجهولةٌ ، وغير مملوكة .

٣٣٦٩ (فصل) ولو رهن المِصْكَاتِبُ مَنْ يَفْتَقُ عليه ، لم يصحَّ . لأنَّه لا يملكُ بيعه . وأجازه أبو حنيفة . لأنَّهم لا يدخلون معه في الكتابة ، ولو رهن العبدُ المأذونُ مَنْ يَفْتَقُ على السيِّد لم يصحَّ . لأنَّ ما في يده ملكٌ لسيِّده . فقد صار حُرّاً بشرائه إياه .

٣٣٧٠ (فصل) ولو رهن الوارثُ تركَةَ الميت ، أو باعها ، وعلى الميت دينٌ ، صحَّ في أحد

الوجهين ، وقال أصحاب الشافعي : لا يصح ، إذا كان على الميت دينٌ يستغرقُ التركة . لأنه تعلق به حق آدمي . فلم يصح رهنه ، كالرهون .

ولنا : أنه تصرفٌ صادفٌ مِلْكِهِ ، ولم يُتَلَقَ به حقاً . فصَحَّ ، كما لو رهن الرتدُّ ، وفارق الرهون . لأنَّ الحقَّ تعلق به ، باختياره . فأما في مسألتنا ، فالحقُّ تعلق به بغير اختياره ، فلم يمنع تصرفه . وهكذا كلُّ حقٍّ ثبت من غير إثباته ، كالزكاة ، والجنائية ، فلا يمنع رهنه . فإذا رهنه ، ثم قضى الحقُّ من غيره ، فالرهنُ بحاله . وإن لم يقض الحقُّ ، فللغرماء انتزاعه . لأنَّ حقَّهم أَسْبَقُ . والحسبُ فيه كالحكم في الجاني . وهكذا الحكم لو تصرف في التركة ، ثم ردَّ عليه مبيعٌ باعه الميتُ بعيٍّ ظهر فيه ، أو حقٌ تجدد تعلقه بالتركة ، مثل أن وقع إنسانٌ ، أو بهيمةٌ في بئرٍ حفره في غير مِلْكِهِ بعد موته . فالحكمُ واحدٌ . وهو أنَّ تصرفه صحيحٌ غيرُ نافذ . فإن قضى الحقُّ من غيره ، نفذ ، وإلا فُسِخَ البيعُ ، والرهنُ .

٣٢٧١ (فصل) قال القاضي : لا يصحُّ رهنُ العبدِ المسلمِ لكافرٍ . واختار أبو الخطاب صحَّةَ رهنه ، إذا شرطاً كونه على يد مسلمٍ ، ويبيعه الحاكم إذا امتنع مالِكُهُ . وهذا أولى . لأنَّ مقصود الرهن يحصلُ من غير ضرر .

٣٢٧٢ « مسألة » قال ﴿ وإذا قبض الرهن من تشارطاً أن يكون على يديه ، صار مقبوضاً ﴾

وجملته : أن المتراهنين إذا شرطاً كونَ الرهن على يَدَي رَجُلٍ رَضِيَ بِهِ ، واتفقا عليه ، جاز . وكان وكيلاً للمرتهن ، نائباً عنه في القبض ، فقبضه صحَّ قبضُهُ ، في قول جماعة الفقهاء . منهم : عطاء ، وعمرو ابن دينار ، والثوري ، وابن المبارك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرأي . وقال الحكم ، والحارث المكي ، وقتادة ، وابن أبي ليلى : لا يكونُ مقبوضاً بذلك . لأنَّ القبضَ من تمام العقد . فتعلق بأحد المتعاقدين ، كالإيجاب ، والقبول .

ولنا : أنه قبض في عقد ، فجاز فيه التوكيلُ كسائر القَبُوضِ ، وفارق القَبُولَ . لأنَّ الإيجابَ إذا كان لشخصٍ كان القبولُ منه . لأنَّه يُخاطَبُ به . ولو وُكِّلَ في الإيجاب ، والقبول ، قَبِلَ أنْ يُوجِبَ لَهُ صحَّ أيضاً : وما ذكره ينتقض بالقبض في البيع ، فيما يُعْتَبَرُ القَبْضُ فيه .

إذا ثبت هذا : فلا بُدَّ أن يجعل الرهن على يَدَي مَنْ يجوزُ توكيله ، وهو الجائرُ التصرفُ ، مسلماً كان ، أو كافراً ، عدلاً ، أو فاسقاً ، ذكراً ، أو أنثى . ولا يجوزُ أن يكون صَدِيقاً . لأنه غيرُ جائز التصرفُ مطلقاً . فإن فعلاً ، كان قبضُهُ ، وعدمُ القبضِ واحداً ، ولا عبداً بغير إذن سيِّده : لأنَّ منافع العبد لسيِّده . فلا يجوزُ تضييعُها في الحفظ بغير إذن . فإن أذن له السيِّد ، جاز ، وأما المكاتبُ ، فإن كان

يَجْعَلُ جازاً . لأن له الكسب ، وبذل منافعه بغير إذن السيد . وإن كان بغير جعل لم يجوز . لأنه ليس له التبرع بمنافعه .

٣٢٧٣ (فصل) فإن جمعا الرهن في يد عدلين ، جاز . ولها إمساكه . ولا يجوز لأحدهما الانفراد بحفظه ، وإن سلمه أحدهما إلى الآخر ، فعليه ضمان النصف . لأنه القدر الذي تعدى فيه . وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وفي الآخر : إذا رضى أحدهما بإمساك الآخر ، جاز ، وبهذا قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : إن كان مما ينقسم اقتسامه ، وإلا فلكل واحد منهما إمساك جميعه . لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما . فحمل الأمر على أن لكل واحد منهما الحفظ .

ولنا : أن المتراهنين لم يرضيا إلا بحفظهما ، فلم يجوز لأحدهما الانفراد بذلك ، كالوصيين ، لا يفرد أحدهما بالتصرف . وقولهم : إن الاجتماع على الحفظ يشق ، ليس كذلك . فإنه يمكن جعله في تخزين لكل واحد منهما عليه قفل .

٣٢٧٤ (فصل) وما دام العدل بحاله لم يتغير عن الأمانة ، ولا حدثت بينه ، وبين أحدهما عداوة ، فليس لأحدهما ، ولا للآخر نقل الرهن عن يده . لأنهما رضيا به في الابتداء . وإن اتفقا على نقله ، جاز . لأن الحق لهما ، لم يعمدهما . وكذلك لو كان الرهن في يد المرتهن ، فلم يتغير حاله ، لم يكن للراهن ، ولا للآخر نقله عن يده . وإن تغيرت حال العدل بشق ، أو ضعف عن الحفظ ، أو حدثت عداوة بينه ، وبينهما ، أو بين أحدهما ، فليمن طلب نقله عن يده ، ذلك . وبضمانه في يد من يتفقان عليه . فإن اختلفا ، وضعه الحاكم على يد عدل ، وإن اختلفا في تغير حاله بحث الحاكم ، وعمل بما يظهر له . وهكذا لو كان في يد المرتهن ، فتغيرت حاله في الثقة والحفظ . فللراهن رفعه عن يده إلى الحاكم ، ليضعه في يد عدل . وإذا ادعى الراهن تغير حال المرتهن ، فأنكر بحث الحاكم عن ذلك ، وعمل بما بآن له . وإن مات العدل ، أو المرتهن ، لم يكن لورثتهما إمساكه إلا بتراضيهما . فإن اتفقا على ذلك ، جاز . وإن اتفقا على عدل بضمانه على يده ، فلهما ذلك . لأن الحق لهما ، فيفوض أمره إليهما . فإن اختلف الراهن والمرتهن عند موت العدل ، أو اختلف الراهن وورثته المرتهن ، رفع الأمر إلى الحاكم ، ليضعه على يد عدل . وإن كان الرهن في يد اثنين ، فمات أحدهما ، أو تغيرت حاله بفسق ، أو ضعف عن الحفظ ، أو عداوة بين أحد المتراهنين ، أقيم مقامه عدل ينضم إلى العدل الآخر . فيحفظان معاً .

٣٢٧٥ (فصل) ولو أراد العدل ردّه عليهما ، فله ذلك . وعليهما قبوله . وبهذا قال الشافعي . لأنه أمين متطوع بالحفظ . فلا يلزمه المقام عليه . فان امتنعا ، أجبرهما الحاكم . فان تعييا ، نصب الحاكم أميناً يقبضه لهما . لأن للحاكم ولاية على المتنع من الحق الذي عليه . ولو دفعه إلى الأمين من غير

امتناعهما ، ضَمِنَ ، وضَمِنَ الحاكمُ لأنَّه لا ولاية له على غير الممتنع . وكذا لو تركه العدلُ عند آخر ، مع وجودهما ، ضَمِنَ ، وضَمِنَ القابضُ . وإن امتنعا ، ولم يجد حاكماً فنزكه عند عدلٍ آخر ، لم يَضْمَنْ . وإن امتنع أحدهما لم يكن له دفعه إلى الآخر . فإن فعل ضمن ، والفرق بينهما : أن أحدهما يمسكه لنفسه ، والعدلُ يمسكه لهما . هذا فيما إذا كانا حاضرين . فأما إذا كانا غائبين نظرت . فإن كان للعدل عذرٌ من مرض ، أو سفرٍ ، أو نحوه ، رفعه إلى الحاكم ، فقبضه منه ، أو نصب له عدلاً يقبضه لهما . فإن لم يجد حاكماً ، أو دعه عند نفسه . وليس له دفعه إلى ثقة يودعه عنده ، مع وجود الحاكم . فإن فعل ضمن . فإن لم يكن له عذر ، وكانت الغيبةُ بعيدةً ، إلى مسافة القصر ، قبضه الحاكمُ منه . فإن لم يجد حاكماً ، دفعه إلى عدل . وإن كانت الغيبةُ دون مسافة القصر ، فهو كما لو كانا حاضرين ، لأنَّ ما دون مسافة القصر في حُكم الإقامة . وإن كان أحدهما حاضراً ، والآخر غائباً ، فحكمهما حكمُ الغائبين . وليس له دفعه إلى الحاضر منهما . وفي جميع هذه الأقسام : متى دفعه إلى أحدهما لزمه ردُّه إلى يده . وإن لم يفعل ، فعليه ضمانُ حقِّ الآخر .

٣٢٧٦ (فصل) إذا كان الرهنُ على يد عدل ، وشرط له أن يديمه عند حُلُولِ الحقِّ ، صحَّ ، ويصحُّ بيعه ، وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعيُّ ، فإن عَزَلَ الراهنُ العدلَ عن البيع ، صحَّ عزله ، ولم يملك البيع . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك ، لا ينعزلُ . لأنَّ وكالتهُ صارت من حقوق الرهن . فلم يكن للراهن إسقاطه ، كسائر حقوقه . وقال ابن أبي موسى : ويتوَجَّه لنا مثلُ ذلك ، فإنَّ أحمد قد منع الحيلةَ في غير مَوْضِعٍ من كُتُبِهِ ، وهذا يفتحُ باب الحيلة للراهن ، فإنه يشترط ذلك للمرتهن ليُجَبِّبَهُ إليه ، ثم يعزله . والأول هو المنصوص عنه . لأنَّ الوكالةَ عقدٌ جائز . فلم يلزم المقامُ عليها ، كسائر الوكالاتِ . وكونه من حقوق الراهن لا يَمْنَعُ من جوازه ، كما لو شرط الرهن في البيع ، فإنه لا يصيرُ لازماً ، وكذلك لو مات الراهنُ بعد الإذن ، انفسخت الوكالةُ ، وقياسُ المذهب أنَّه متى عزله عن البيع ، فللمرتهن فسخُ البيع الذي حصل الرهنُ بثمنه ، كما لو امتنع الراهنُ من تسليم الرهن المشروط في البيع ، فأما إن عزله المرتهنُ ، فلا يَنْعَزِلُ ، لأنَّ العدلَ وكيلَ الراهن ، إذ الرهنُ مِلْكُهُ ، ولو انفرد بتوكيله ، صحَّ ، فلم ينعزلُ بَعَزْلٍ غيره ، لكن لا يجوزُ بيعه بغير إذنه ، وهكذا لو لم يَعْزِلْهُ ، فحلَّ الحقُّ لم يبعه حتى يستأذن المرتهن . لأن البيعَ لحقه ، فلم يحز حتى يأذن فيه ، ولا يحتاجُ إلى تجديد إذن من الراهن ، في ظاهر كلام أحمد . لأنَّ الإذن قد وُجِدَ مرَّةً ، فيه كفي ، كما في الوكالة في سائر الحقوق ، وذكر الفاضل وجهاً آخر : أنه يحتاجُ إلى تجديد إذن ، لأنه يكون له غَرَضٌ في قضاء الحقِّ من غيره ، والأول أولى ، فإنَّ الإذن كافٍ ما لم يغيَّر ، والغرضُ لا اعتبار به (م ٣٤٤ - المقي - رابع)

مع صريح الإذن بخلافه ، بدليل ما لو جدد الإذن له ، بخلاف المرتهن ، فإن المبيع يفقر إلى مطالبة بالحق ، ومذهب الشافعي نحو من هذا .

٣٢٧٧ (فصل) ولو أتلّف الرهن في يد العدل أجنبي ، فعلى الجاني قيمته ، يكون رهناً في يده ، وله المطالبة بها ، لأنها بدل الرهن ، وقائمة مقامه ، وله إمساك الرهن ، وحفظه ، فإن كان المراهنان أذناً له في بيع الرهن . فقال القاضي : قياس المذهب أن له بيع قيمته ، لأن له بيع تمام الرهن ، تبعاً للأصل ، فالقيمة أولى . وقال أصحاب الشافعي : ليس له ذلك ، لأنه متصرف بالإذن ، فلا يملك بيع ما لم يؤذن له في بيعه ، والمأذون في بيعه قد تلّف ، وقيمته غير ، وللقاضي أن يقول : إنّه قد أذن له في بيع الرهن ، والقيمة رهن يثبت لها حكم الأصل : من كونه يملك المطالبة بها ، وإمساكها ، واستيفاء دينه من ثمنها ، فكذا يبيعها ، فإن كانت القيمة من جنس الدين ، وقد أذن له في وفائه من ثمن الرهن ، ملك إيفاءه من القيمة ، لأنها بدل الرهن من جنس الدين ، فأشبهت ثمن المبيع .

٣٢٧٨ (فصل) وإذا أذنا للعدل في البيع ، وعينا له نقداً ، لم يجز له أن يخالفهما ، وإن اختلفا ، فقال أحدهما : بعه بدرهم ، وقال الآخر : بدنانير ، لم يقبل قول واحد منهما ، لأن لكل واحد منهما فيه حقاً : للراهن ملك المبيع ، والمرتهن حق الوثيقة ، واستيفاء حقه ، ويرفع الأمر إلى الحاكم ، فيأمر من يبيعه بنقد البلد ، سواء كان من جنس الحق ، أو من غير جنسه ، وافق قول أحدهما ، أو لم يوافق ، لأن الخط في ذلك ، والأولى أن يبيعه بما يرى الخط فيه ، فإن كان في البلد نقدان ، باعه بأغلبهما ، فإن تساوى ، فقال القاضي : يبيع بما يؤذيه اجتهد به إليه ، وهو قول الشافعي لأنه الأحظ ، والغرض تحصيل الخط ، فإن تساوى ، باع بجنس الدين ، فإن لم يسكن فيها جنس الدين ، عين له الحاكم ما يبيعه به وحكمه حكم الوكيل في وجوب الاحتياط ، والمنع من البيع بدون ثمن المثل ، ومن البيع نساء ، متى خالف لزمه ما يلزم الوكيل المخالف . وذُكر في البيع نساء رواية أخرى : أنه يجوز ، بنساء على الوكيل ، ولا يصح ، لأن البيع ههنا لإيفاء دين حال يجب تعجيله . والبيع نساء يمنع ذلك . وكذا نقول في الوكيل متى وجدت في حقه قرينة دالة على منع البيع نساء ، لم يجز له ذلك ، وإنما الروايتان فيه عند انتفاء القرائن ، وكل موضع حكمنا بأن البيع باطل وجب رد المبيع إن كان باقياً ، فإن تعذر فللمرتهن تضمين من شاء من العدل ، والمشتري بأقل الأسرين من قيمة الرهن ، أو قدر الدين . لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً لحقه لا رهناً ، فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه . وما بقي من قيمة الرهن للراهن . يرجع به على من شاء منهما . وإن استوفى دينه من الرهن . رجع الراهن بقيمته على من شاء منهما ، ومتى ضمن المشتري لم يرجع على أحد . لأن العين تلفت في يده ، وإن ضمن العدل رجع على المشتري .

٣٢٧٩ (فصل) ومتى قدّرا له ثمنًا ، لم يُجزّله بيّعه بدونه ، وإن أطلقا ، فله بيعه بثمنٍ مثله ، أو زيادته عليه . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : له بيّعه ، ولو بدرهم ، والكلامُ معه في الوكالة . فإن أطلقا ، فباع بأقلّ من ثمن الثلّ مما يتقابن الناس به ، صحّ ، ولا ضمان عليه . لأنّ ذلك لا يُضبطُ غالبًا . وإن كان النقصُ مما لا يتقابن الناسُ به ، أو باع بأنقص مما قرّرا له ، صحّ البيعُ . وضمن النقصُ كله ، ذكره أصحابنا والأوّلَى أنّه لا يصحّ البيعُ . لأنه بيعٌ لم يؤذن له فيه ، فأشبه ما لو خالف في النقد .

٣٢٨٠ (فصل) وإذا باع المدلُّ الرهنَ بإذنهما ، وقبض الثمن ، فتلف في يده ، من غير تعدّ ، فلا ضمان عليه ، لأنّه أمينٌ . فهو كالوكيل ، ولا نعلمُ في هذا خلافاً . ويكون من ضمان الراهن . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ، ومالك : من ضمان المرتهن ، لأنّ البيعَ لِأجله .

ولنا : أنه وكيلُ الراهن في البيع ، والثمنُ منسكّه ، وهو أمينٌ له في قبضه ، فإذا تلفَ كان من ضمان مؤكّله ، كسائر الأمانة ، وإن ادّعى التلبّ ، فالقولُ قوله مع يمينه ، لأنه أمين . ويتعدّر عليه إقامة البينة على ذلك . وإن كلفناه البينة . شقّ عليه ، وربما أدّى إلى أن لا يدخل الناسُ في الأمانات . فإن خالفاه في قبض الثمن ، فقالا : ما قبضه من المشتري ، وادّعى ذلك ، ففيه وجهان :

أحدهما : القولُ قوله ، لأنّه أمين . والآخرُ لا يُقبل . لأنّ هذا إبراءٌ للمشتري من الثمن . فلا يُقبلُ قوله فيه ، كما لو أبرأه من غير الثمن ، وإن خرج المبيعُ مُستحقّاً ، فالعهدةُ على الراهن دون العدل . إذا كان قد أعلم المشتري أنّه وكيلٌ ، وكذلك كلُّ وكيلٍ باعَ مالَ غيره . وهذا مذهبُ الشافعي . وقال أبو حنيفة : العهدةُ على الوكيل ، والكلامُ معه في الوكالة ، فإن علم المشتري بعد تلف الثمن في يد العدل رجوع على الراهن ، ولا شيء على العدل . فإن قيل : فلم لا يرجع المشتري على العدل ، لأنّه قبض الثمن بغير حق ؟ قلنا : لأنّه سلّمه إليه على أنه أمين في قبضه ، يُسلّمه إلى المرتهن . فلذلك لم يجب الضمانُ عليه . فأما المرتهن ، فقد بان له أنّ عقد الرهن كان فاسداً . فإن كان مشروطاً في بيعٍ ثبت له الخيارُ فيه ، وإلا سقط حقه . فإن كان الراهنُ مُفلساً حياً ، أو ميّتاً . كان المرتهنُ والمشتري أشوة الغرماء ، لأنهم متساوون في ثبوت حقهم في الذمة ، فاستوّوا في قسمة ماله بينهم . فأما إن خرج مُستحقّاً بعد مادفع الثمن إلى المرتهن . رجوع المشتري على المرتهن . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة يرجعُ على العدل ، ويرجعُ العدلُ على أيّهما شاء ، من الراهن ، والمرتهن .

ولنا : أن عَيْنَ ماله صار إلى المرتهن بغير حق ، فكان رجوعه عليه ، كما لو قبضه منه . فأما إن كان المشتري ردّه بعيب ، لم يرجع على المرتهن ، لأنّه قبض الثمن بحق ، ولا على العدل ، لأنّه أمينٌ ، ووكيل ، ويرجعُ على الراهن . وإن كان العدل حين باعه لم يعلم لمشتري أنّه وكيل . كان للمشتري الرجوعُ عليه ،

ويرجع هو على الراهن إن أقرّ بذلك ، أو قامت به بَيِّنَةٌ . وإن أنكر ذلك . فالقول قول العدل مع يمينه ، فإن نكّل عن اليمين ، فقفى عليه بالنكول ، أو ردّت اليمين على المشتري ، خلف ، ورجع على العدل ، لم يرجع العدل على الراهن . لأنّه يقرّ أنّه ظلمه ، وعلى قول الخرق : القول في حدوث العيب قول المشتري مع يمينه ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد . فإذا حلف المشتري ، رجع على العدل ، ورجع العدل على الراهن ، وإن تلف العبد المبيع في يد المشتري . ثمّ بان مستحقاً قبل وزن ثمنه ، فلم يغصب منه تضمين من شاء ، من الغاصب ، والعدل ، والمرتهن ، وبسقوط الضمان على المشتري . لأن التلف في يده . هذا إذا علم بالغصب . وإن لم يكن عالماً ، فهل يستقرّ الضمان عليه ، أو على الغاصب ؟ على روايتين .

٣٢٨١ (فصل) فإن ادّعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن ، فأنكر : فقال القاضي وأبو الخطاب : يُقبل قوله في حقّ الراهن ، ولا يُقبل في حقّ المرتهن . وهو مذهب الشافعي . لأنّ العدل وكيل الراهن في دفع الدين إلى المرتهن ، وليس بوكيل للمرتهن في ذلك ، إنما هو وكيله في الحفظ فقط . فلم يُقبل قوله عليه فيما ليس بوكيل له فيه ، كما لو وكل رجلاً في قضاء دين ، فادّعى أنّه سلّمه إلى صاحب الدين . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب في ردّوس مسائلهما : يُقبل قوله على المرتهن في إسقاط الضمان عن نفسه . ولا يُقبل في إيجاب الضمان على غيره . وهذا مذهب أبي حنيفة ، لأنّه أمين فقبل قوله في إسقاط الضمان عن نفسه ، كالمودّع يدعى ردّ الوديعة ، فملى هذا : إذا حلف العدل له سقط الضمان عنه ، ولم يثبت عن المرتهن أنّه قبضه . وعلى القول الأوّل بحلف المرتهن ، ويرجع على من شاء منهما ، فإن رجع على العدل لم يرجع العدل على الراهن ، لأنّه يقول : ظلمني ، وأخذ مني بغير حقّ ، فلم يرجع على الراهن ، كما لو غصبه مالاً آخر . فإن رجع على الراهن ، فهل يرجع الراهن على العدل ؟ نظرت . فإن كان دفعه إلى المرتهن بخصّرة الراهن ، أو ببينة ، فانت ، أو غابت ، لم يرجع عليه ، لأنّه أمين ، ولم يُفرط في القضاء ، وإن دفعه إليه ببينة في غيبة الراهن . فقيه روايتان :

إحداها : يرجع الراهن عليه . لأنّه مُفرط في القضاء بغير بينة ، فلزمه الضمان ، كما لو تاف الرهن بتفريطه ، ويحتمل أن يكون هذا معنى قول الخرق . ومن أسر رجلاً أن يدفع إلى رجل مالاً ، وادّعى أنّه دفعه إليه . لم يُقبل قوله على الأسر إلا ببينة .
والرواية الثانية : لا يرجع الراهن عليه . لأنّه أمين في حقه . سواء صدّقه في القضاء ، أو كذّبه . إلا أنّه إن كذّبه ، فله عليه اليمين .

٣٢٨٢ (فصل) إذا غصب المرتهن الرهن من العدل ، ثمّ ردّه إليه ، زال عنه الضمان ، ولو كان

الرهن في يد المرتهن ، فتمدّى فيه ، ثم أزال التمدّى ، أو سافر به ، ثم رده لم يُزل عنه الضمان . لأنّ استئمانه زال بذلك . فلم يفسد بفعله مع بقائه في يده ، بخلاف التي قبلها . فإنه رده إلى يد نائب مالِكها ، فأشبه ما لوردها إلى مالِكها .

٣٢٨٣ (فصل) وإذا استقرض ذميّ من مُسلم مالا ، ورهنه خرا . لم يصحّ ، سواء جعله على يد ذميّ ، أو غيره ، فإن باعها الراهن أو نائبه الذميّ ، وجاء المقرض بثمنها ، لزمه قبوله ، فإن أبي قيل له : إمّا أن تقبض ، وإمّا أن تُبرئ . لأنّ أهل الذمّة إذا تقابضوا في العقود الفاسدة جرّت مجرى الصحيحة . قال عمر رضي الله عنه في أهل الذمّة معهم الخمر : وَلَوْهُمْ بَيْعُهَا وَخَذُوا مِنْ أَثْمَانِهَا . وإن جعلها على يد مُسلم فباعها . لم يُخبر المرتهن على قبول الثمن . لأنّ ذلك البيع فاسدٌ ، لا يُقرّان عليه ، ولا حُكْم له .

٣٢٨٤ « مسألة » قال ﴿ ولا يَرهنُ مالَ مَنْ أوصى إليه بحفظ ماله إلّا من ثقة ﴾

وجملته : أن وليّ اليتيم ليس له رهنُ ماله ، إلّا عند ثقةٍ بُودِعَ ماله عنده ، أثلاً بِجَحْدِهِ ، أو يُقرط فيه ، فيضيع . قال القاضي : ليس لوليّه رهنُ ماله إلّا بشرطين :

أحدهما : أن يكون عند ثقة .

الثاني : أن يكون له فيه حظّ ، وهو أن يكون به حاجةٌ إلى نفقة ، أو كسوة ، أو إنفاق على عقاره المنهديم أو أرضه ، أو بهائم ، ونحو ذلك ، وماله غائبٌ يتوقع ورودّه ، أو ثمرةٌ ينتظرُها ، أو له دينٌ مؤجّلٌ يُحلى ، أو متاعٌ كاسدٌ يرجو نفاقه ، فيجوزُ لوليّه الاقتراضُ ، ورهنُ ماله ، وإن لم يكن له شيءٌ ينتظره ، فلا حظّ له في الافتراض فيبيعُ شيئاً من أصول ماله ، ويصرفه في نفقته ، وإن لم يجد من يُقرضه ، ووجد من يبيعه نسيئةً ، وكان أحظّ من بيع أصوله ، جاز أن يشتريه نسيئةً ، ويرهنَ به شيئاً من ماله ، والوصى ، والحاكم ، وأميينه في هذا سواء . وكذلك الأب ، إلّا أن للأب أن يرهن من نفسه لولده ، ولنفسه من ولده ، ومن عداه بخلافه ، على إحدى الروايتين :

٣٢٨٥ (فصل) فأما أخذُ الرهن بمال اليتيم ، فيكون في بيعٍ ، أو قرضٍ ، وقد ذكرنا القرض

في باب المَصْرَاة ، وفي البيع ثلاثُ مسائل :

أحدها : أن يبيع ما يساوي مائةً نقداً . بمائة ، أو دونها نسيئةً ، يأخذُ بها رهناً ، فهذا بيعٌ فاسدٌ . لأنّ بيعه نقداً أحوطٌ ، وكذلك لو جعل بعض الثمن نسيئةً .

الثانية : أن يبيعه بمائةً نقداً ، وعشرين نسيئةً يأخذُ بها رهناً ، فهذا جائزٌ : لأنّه لو باعه بمائةً نقداً جاز . فإذا زاد عليها ، فقد زاده خيراً . سواء قلّت الزيادة ، أو كثرت .

الثالثة : باعه بمائة وعشرين نسيئة ، وأخذ بهارهما ، فهذا جائز أيضا . ذكره القاضى . وهو قول أصحاب الشافعى ، وقال بعضهم : لا يجوز . لأنه تغرير بماله ، وبيع النقد أخوط له .
ولنا : أن هذا عادة التجار ، وقد أمرناه بالتجارة ، وطلب الربح ، وهذا من جهاته ، والتغريض يزول بالرهن .

٣٢٨٦ (فصل) وحكم المكاتب فيما ذكرناه حكم ولي اليتيم ، له أن يتصرف فيما في يديه ، فيما له فيه الحظ ، فأما المأذون ، فإن دفع له سيده مالا يتجر فيه ، أو لم يدفع إياه ، فقال القاضى : ليس له التصرف بالنسيئة ، لأن ديونه تتعلق بذمة السيد ، فيتضرر بذلك . لأن الدين غرر ، بخلاف المكاتب .
٣٢٨٧ (فصل) ولو كان مال اليتيم رهنا ، فاستماده لوصى لليتيم ، جاز ، وإن استماده لنفسه لم يجوز . لأنه لا يملك التصرف في مال اليتيم لنفسه ، وعليه الضمان ، لأنه قبضه على وجه ليس له قبضه ، وإن فسكه بمال اليتيم ، وأطلق ، فهو لليتيم ، وإن فسكه بماله نفسه ، وأطلق ، فالظاهر أنه استماده لنفسه . فإن قال : استعدته لليتيم ، قبل قوله ، وإن تلف قبل ذلك ضمنه . وإن قال : استعدته لليتيم بعد هلاكه ، أو هلاك بعضه ، لم يقبل قوله ، لأننا حكمنا بالضمان ظاهرا ، فلا يزول بقوله ، والأولى أن يقبل قوله ، لأنه أمين ، وهو أعلم بنيتته ، فيقبل قوله فيها ، كما قبل التألف .
٣٢٨٨ (فصل) ولو رهن الوصى ، أو الحاكم مال اليتيم عند مكاتبه ، أو ولده الكبير ، صح . لأنه لا ولاية له عليهما .

٣٢٨٩ (فصل) ولو أوصى إلى رجل بقضاء دينه ، فرهن شيئا من تركته عند الغريم ، أو غيره ، ضمن . لأنه لم يؤذن له في رهنها ، فضمن ، كما لو لم يوص إليها ، بقضاء دينه .
٣٢٩٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا قضاء بعض الحق كان الرهن بحاله على ما بقى ﴾
وجملة ذلك : أن حق الوثيقة يتعلق بالرهن جميعه ، فيصير محبوسا بكل الحق ، وبكل جزء منه ، لا ينفك منه شيء ، حتى يقضى جميع الدين . سواء كان مما يمكن قسمة ، أو لا يمكن . قال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من رهن شيئا بمال ، فأدى بعض المال ، وأراد إخراج بعض الرهن . أن ذلك ليس له ، ولا يخرج شيء حتى يوفيه آخر حقه ، أو يبرئه من ذلك . كذلك قال مالك ، والثوري ، والشافعى ، وإسحق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى : لأن الرهن وثيقة بحق ، فلا يزول إلا بزوال جميعه ، كالضمان ، والشهادة .

٣٢٩١ « مسألة » قال ﴿ وإذا أعتق الراهن عبده المرهون ، فقد صار حرا . ويؤخذ إن كان له مال بقيمة المعتق ، فيكون رهنا ﴾

وجملة ذلك : أنه ليس للراهن عتق الرهن . لأنه يُبطل حق المرتهن من الوثيقة ، فإن أعتق نفسه عتقه ، موسراً كان أو مُعسراً . نص عليه أحمد . وبه قال شريك ، والحسن بن صالح ، وأصحاب الرأي ، والشافعي في أحد أقواله ، إلا أن أبا حنيفة قال : يستسعى العبد في قيمته ، إن كان المعتق مُعسراً ، وعن أحمد رواية أخرى : لا ينفذ عتق المُعسر . ذكرها الشريف أبو جعفر ، وهو قول مالك . والقول الثاني للشافعي ، لأن عتقه يُسقط حق المرتهن من الوثيقة ، من عين الرهن ، وبطلانها ، فلم ينفذ ، لما فيه من الإضرار بالمرتهن ، ولأنه عتق يُبطل حق غير المالك ، فنفذ من المُوسر ، دون المُعسر ، كعتق شريك له من عتق ، وقال عطاء ، والبتّي ، وأبو ثور : لا ينفذ عتق الراهن ، موسراً كان أو مُعسراً . وهو القول الثالث للشافعي . لأنه معنى يُبطل حدّ الوثيقة من الرهن ، فلم ينفذ ، كالبيع .

ولنا : أنه إعتاق من مالك ، جائز التصرف تامّ المالك ، فنفذ ، كعتق المستأجر ، ولأن الرهن عين محبوسة لاستيفاء الحق ، فنفذ فيها عتق المالك ، كالبيع في يد البائع ، والعتق يخالف البيع ، فإنه مبني على التغليب ، والسرية ، وينفذ في ملك الغير ، ويجوز عتق المبيع قبل قبضه ، والآخر ، والجُهل ، وما لا يُقدّر على تسليته ، ويجوز تعليقه على الشروط ، بخلاف البيع .

إذا ثبت هذا : فإنه إن كان مُوسراً أخذت منه قيمته ، فجعلت مكانه رهناً ، لأنه أبطل حق الوثيقة بغير إذن المرتهن ، فلزمته قيمته ، كما لو أبطلها أجنبي ، أو كما لو أتلفه ، ونكون القيمة رهناً . لأنها نائبة عن العين ، وبدل عنها ، وإن كان مُعسراً ، فالقيمة في ذمته . فإن أيسر قبل حلول الحق ، أخذت منه القيمة ، فجعلت رهناً ، إلا أن يختار تعجيل الحق ، فيقضيه ، ولا يحتاج إلى رهن . وإن أيسر بعد حلول الحق ، طوّل بالدين خاصّة ، لأنّ ذمته تبرأ به من الحقين معاً ، والاعتبار بقيمة العبد حال الإعتاق ، لأنه حال الإتلاف . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة في المُعسر : يستسعى العبد في قيمته ، ثم يرجع على الراهن ، وفيه إيجاب الكسب على العبد ، ولا صنّع له ، ولا جناية منه ، وإلزام الغرم لمن وجد منه الإتلاف أولى ، كحال اليسار ، وكسائر الإتلاف .

٣٢٩٢ (فصل) وإن أعتقه بإذن المرتهن ، فلا نعلم خلافاً في نفوذ عتقه ، على كل حال ، لأنّ المنع كان لحق المرتهن ، وقد أذن ، فيسقط حقه من الوثيقة ، موسراً كان المعتق أو مُعسراً ، لأنه أذن فيما ينافي حقه . فإذا وجد زال حقه ، وقد رضى به ، لرضاه بما ينافيه ، وأذنه فيه ، فلم يكن له بدل . فإن رجع عن الإذن قبل العتق ، وعلم الراهن رجوعه ، كان كمن لم يأذن ، وإن لم يعلم الراهن رجوعه فأعتق ، ففيه وجهان . بناءً على عزل الوكيل بدون علمه . وإن رجع بعد العتق ، لم ينفع رجوعه ، والقول قول المرتهن مع يمينه ، لأنّ الأصل عدم الإذن ، ولو اختلف الراهن وورثة المرتهن ، فالقول قول ورثة المرتهن أيضاً ،

إِلَّا أَنْ أَيْمَنَهُمْ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ، لِأَنَّهَا عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ . وَإِنْ اخْتَلَفَ الْمُرْتَهِنُ ، وَوَرِثَهُ الرَّاهِنُ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ مَعَ يَمِينِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَخْلَفْ قُضِيَ عَلَيْهِ بِالنَّكُولِ .

٣٢٩٣ (فصل) وَإِنْ تَصَرَّفَ الرَّاهِنُ بِغَيْرِ الْعِتْقِ ، كَالْبَيْعِ ، وَالْإِجَارَةِ ، وَالْهَبَةِ ، وَالْوَقْفِ ، وَالرَّهْنِ ، وَغَيْرِهِ ، فَتَصَرُّفُهُ بَاطِلٌ ، لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ بِبُطْلٍ حَقَّ الْمُرْتَهِنُ مِنَ الْوَثِيقَةِ ، غَيْرَ مَبْنِيٍّ عَلَى الْخُلُوبِ وَالسَّرَايَةِ ، فَلَمْ يَصَحَّ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ ، كَفَسَخَ الرَّهْنَ ، فَإِنْ أَذِنَ فِيهِ الْمُرْتَهِنُ صَحَّ ، وَبَطَلَ الرَّهْنُ ، لِأَنَّهُ أَذِنَ فِيمَا يَنْفِي حَقَّهُ ، فَيَبْطُلُ بِفِعْلِهِ ، كَالْعِتْقِ ، وَإِنْ زَوَّجَ الْأُمَّ الْمَرْهُونَةَ ، لَمْ يَصَحَّ ، وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ . وَقَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَقَالَ الْقَاضِي ، وَجَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِنَا : يَصَحُّ ، وَلِلْمُرْتَهِنِ مَنْعُ الزَّوْجِ مِنْ وَطْئِهَا ، وَمَنْزَرُهَا رَهْنٌ مَعَهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ مَحَلَّ النِّكَاحِ غَيْرُ مَحَلِّ عَقْدِ الرَّهْنِ ، وَلِذَلِكَ صَحَّ رَهْنُ الْأُمَةِ الْمَرْجُوعَةِ ، وَلِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يُزِيلُ الْمِلْكَ ، فَلَا يَنْفَعُ التَّزْوِيجُ ، كَالْإِجَارَةِ .

وَلَنَا : أَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي الرَّهْنِ بِمَا يَنْقُصُ ثَمَنَهُ ، وَيَسْتَعْلَى بَعْضُ مَنَافِعِهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ الرَّاهِنُ بِغَيْرِ رِضَا الْمُرْتَهِنِ ، كَالْإِجَارَةِ ، وَلَا يَخْفَى تَنْقِصُهُ لَثَمَتِهَا ، فَإِنَّهُ يُعْطَلُ مَنَافِعُ بَعْضُهَا وَيَمْنَعُ مُشْتَرِيهَا مِنْ وَطْئِهَا ، وَحِلْمَتِهَا ، وَيُوجِبُ عَلَيْهِ تَمَكُّينَ زَوْجِهَا مِنْ اسْتِمْتَاعِهَا فِي اللَّيْلِ ، وَيَعْرِضُهَا بِوَطْئِهِ لِلْحَمْلِ الَّذِي يُخَافُ مِنْهُ تَلَفُهَا ، وَيُسْفَلُهَا عَنْ خِدْمَتِهِ ، بِتَرْبِيَةِ وَلَدِهَا ، فَيَذْهَبُ الرِّغْبَةُ فِيهَا ، وَتَنْقُصُ نَقْصًا كَثِيرًا ، وَرَبَّمَا مَنَعَ بَيْعَهَا بِالسَّكِّيَةِ . وَقَوْلُهُمْ إِنْ مَحَلَّ عَقْدِ النِّكَاحِ غَيْرُ مَحَلِّ الرَّهْنِ ، غَيْرُ صَحِيحٍ . فَإِنَّ مَحَلَّ الرَّهْنِ مَحَلُّ الْبَيْعِ ، وَالْبَيْعُ يُتَنَاولُ بِجِلْمَتِهَا ، وَلِهَذَا يُبَاحُ لِمُشْتَرِيهَا اسْتِمْتَاعُهَا ، وَإِلَّا صَحَّ رَهْنُ الْمَرْجُوعَةِ ، لِبَقَاءِ مَعْظَمِ الْمَنْفَعَةِ فِيهَا ، وَبَقَائِهَا مَحَلًّا لِلْبَيْعِ ، كَمَا يَصَحُّ رَهْنُ الْمُسْتَأْجِرَةِ . وَيُفَارِقُ الرَّهْنُ الْإِجَارَةَ ، فَإِنَّ التَّزْوِيجَ لَا يُوَثِّرُ فِي مَقْصُودِ الْإِجَارَةِ ، وَلَا يَنْفَعُ الْمُسْتَأْجِرَ مِنْ اسْتِيفَاءِ الْمَنَافِعِ الْمُسْتَحَقَّةِ لَهُ ، وَيُوَثِّرُ فِي مَقْصُودِ الرَّهْنِ ، وَهُوَ اسْتِيفَاءُ الدِّينِ مِنْ ثَمَنِهَا ، فَإِنَّ تَزْوِيجَهَا يَمْنَعُ بَيْعَهَا ، أَوْ يَنْقُصُ ثَمَنَهَا ، فَلَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاءُ الدِّينِ بِكَمَالِهِ .

٣٢٩٤ (فصل) وَلَا يَحْزُزُ الرَّاهِنُ وَطْئَ أُمْتِهِ الْمَرْهُونَةَ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَهُ وَطْئُ الْآيِسَةِ ، وَالصَّغِيرَةِ ، لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ ، فَإِنَّ عِلَّةَ الْمَنْعِ الْخَوْفُ مِنَ الْحُلِّ ، خَافَةَ أَنْ تَلِدَ مِنْهُ ، فَتَخْرُجَ بِذَلِكَ عَنِ الرَّهْنِ ، أَوْ تَعْرِضَ لِلتَّلَفِ ، وَهَذَا مَعْدُومٌ فِيهِمَا . وَأَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى خِلَافِ هَذَا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ لِلْمُرْتَهِنِ مَنْعَ الرَّاهِنِ مِنْ وَطْئِ أُمْتِهِ الْمَرْهُونَةَ ، وَلِأَنَّ سَائِرَ مَنْ يَحْرُمُ وَطْئُهَا لَا فَرْقَ فِيهِ بَيْنَ الْآيِسَةِ ، وَالصَّغِيرَةِ ، وَغَيْرِهَا ، كَالْمُعْتَدَّةِ ، وَالْمُسْتَبْرَأَةِ ، وَالْأَجْنَبِيَّةِ ، وَلِأَنَّ الَّذِي تَحْبَلُ فِيهِ ، يَخْتَلَفُ ، وَلَا يَتَجَرَّرُ ، فَمَنْعُ مِنَ الْوَطْئِ جَمْلَةً ، كَمَا حُرِّمَ الْخُرْمُ لِلشُّكْرِ ، وَحُرْمُ مِنْهُ الْيَسِيرُ الَّذِي لَا يُشْكُرُ ، لِكَوْنِ الشُّكْرِ يَخْتَلَفُ ، وَإِنْ وَطِئَ فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهَا مِلْكُهُ ، وَإِلَّا تَحَرَّمَ عَلَيْهِ أَمَارُضُ ، كَالْحَرَمَةِ ، وَالصَّائِمَةِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، لِأَنَّ الْمُرْتَهِنَ لَا حَقَّ لَهُ فِي مَنَفْعَتِهَا ،

ووطؤها لا ينقص قيمتها ، فأشبه ما لو استخدمها ، وإن تلف جزء منها ، أو نقصها ، مثل أن اقتضت اليُسْكُرُ أو أفضأها . فعليه قيمة ما أتلف ، فإن شاء جعله رهناً معها ، وإن شاء جعله قضاءً من الحق . إن لم يكن حل . فإن كان الحق قد حل ، جعله قضاءً لا غير ، فإنه لا فائدة في جعله رهناً ولا فرق بين الكبيرة ، والصغيرة فيما ذكرناه .

٣٢٩٥ « مسألة » قال ﴿ وإن كانت جارية ، فأولدها الراهن خرجت أيضاً من الرهن ، وأخذ منه قيمتها ، فتكون رهناً ﴾

وجملته : أن الراهن إذا وطئ أمته للرهونة ، فأولدها ، خرجت من الرهن ، وعليه قيمتها حين أحبالها ، كما لو جرح العبد ، كانت عليه قيمته حين جرحه ، ولا فرق بين الموسر والمُعسر ، إلا أن الموسر يؤخذ منه قيمتها ، والمُعسر يكون في ذمته قيمتها ، على حسب ما ذكرنا في العتق ، وهذا قول أصحاب الرأي ، وقول الشافعي ههنا كقوله في العتق ، إلا أنه إذا قال له لا ينفذ الإحبال ، فإنما هو في حق المرتهن ، فإنما في حق الراهن فهو ثابت لا يجوز له أن يهبها للمرتهن ، ولو حل الحق وهي حامل ، لم يجز بيعها ، لأنها حاملٌ بحُرٍّ ، فإذا ولدت لم يجز بيعها ، حتى تسقي ولدها اللبن ، فإن وجد من يرضعه بيعت ، وإلا تركت حتى ترضعه ، ثم يُباع منها بقدر الدين خاصة ، ويثبت للباقي حكم الاستيلاد ، فإذا مات الراهن عتق ، وإن رجع هذا المبيع إلى الراهن يارث ، أو يبيع أو هبته ، أو غير ذلك ، أو يبيع جميعها ، ثم رجعت إليه ، ثبت لها حكم الاستيلاد ، وقال مالك : إن كانت الأمة تخرج إلى الراهن ، وتأتيه ، خرجت من الرهن ، وإن تسوّر عليها . أخذ ولدها ، وبيعت .

ولما : أن هذه أم ولد ، فلم يثبت فيها حكم الرهن ، كما لو كان الوطء سابقاً على الرهن ، أو نقول : معنى يُنافي الرهن في ابتدائه فناؤه في دوامه ، كالحرية .

٣٢٩٦ (فصل) فإن كان الوطء بإذن المرتهن ، خرجت من الرهن ، ولا شيء للمرتهن ، لأنه أذن في سبب ما يُنافي حقه ، فكان إذناً فيه ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وإن لم تحبل ، فهي رهنٌ بحالها ، فإن قيل : إنما أذن في الوطء ، ولم يأذن في الإحبال ، قلنا : الوطء هو المنقضي إلى الإحبال ، ولا يقف ذلك على اختياره ، فالإذن في سببه إذن فيه ، فإن أذن ، ثم رجع ، فهو كمن لم يأذن ، وإن اختلفا في الإذن ، فالقول قول من ينسكه ، وإن أقر المرتهن بالإذن ، وأنكر كون الولد من الوطء المأذون فيه ، أو قال : هو من زوج ، أو زنا ، فالقول قول الراهن بأربع شروط :

أحدها : أن يعترف المرتهن بالإذن .

والثاني : أن يعترف بالوطء ، والثالث : أن يعترف بالولادة ، والرابع : أن يعترف بمضي مدة بعد

(م ٣٥ - المفتى - رابع)

الوطء يمكن أن تلد فيها ، فحينئذ لا يلتفت إلى إنكاره ويكون القول قول الرهن بغير بين ، لأننا لم نلحقه به بدعواه ، بل بالشرع ، فإن أنكر شرطاً من هذه الشروط ، فقال : لم آذن ، أو قال : أذنت ، فما وطئت . أو قال : لم تمض مدة تضع فيها الحمل منذ وطئت ، أو قال : ليس هذا ولدها ، وإنما استمارته ، فالقول قوله ، لأن الأصل عدم ذلك كله ، وبقاء الوثيقة صحيحة ، حتى تقوم البينة ، وهذا مذهب الشافعي .

٣٢٩٧ (فصل) ولو أذن في ضربها ، فضربها ، فتلقت ، فلا ضمان عليه . لأن ذلك تولد من المأذون فيه ، كتولد الإحبال من الوطء .

٣٢٩٨ (فصل) إذا أقر الرهن بالوطء لم يحل من ثلاثة أحوال .
(أحدها) أن يقر به حال العقد ، أو قبل^(١) لزومه ، فحكم هذين واحداً ، ولا يمنع ذلك صحة العقد . لأن الأصل عدم الحمل ، فإن بانت حائلاً أو حاملاً بوليد لا يلحق بالرهن ، فالرهن بحاله ، وكذلك إن كان يلحق به ، لكن لا يصير به أم وليد ، مثل أن وطئها وهي زوجته ، ثم ملكها ، ورهنها وإن بانت حاملاً بوليد يصير به أم وليد ، بطل الرهن ، ولا خيار للمرتهن ، وإن كان مشروطاً في بيع ، لأنه دخل مع العلم بأنها قد لا تكون رهنًا ، فإذا خرجت من الرهن بذلك السبب الذي علمه ، لم يكن له خيار ، كالريض إذا مات ، والجاني إذا اقتص منه ، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم : له الخيار . لأن الوطء نفسه لا يثبت الخيار ، فلم يكن رضاه به رضى بالحمل الذي يحدث منه ، بخلاف الجنابة ، والمرض ، ولنا أن إذنه في الوطء إذن فيما يؤول إليه ، كذلك رضاه به رضى بما يؤول إليه .

(الحال الثالث) أقر بالوطء بعد لزوم الرهن ، فإنه يقبل في حقه ، ولا يقبل في حق المرتهن ، لأنه أقر بما يفسخ عقداً لازماً لغيره ، فلم يقبل ، كالأقر بذلك بعد بيعها ، ويحتمل أن يقبل ، لأنه أقر في ملكه بما لا تهمه فيه ، لأنه يستعصر بذلك أكثر من نفعه بخروجها من الرهن ، والأول أصح ، لأن إقرار الإنسان على غيره لا يقبل ، وهكذا الحكم فيما إذا أقر بأنه غصبها ، أو أنها كانت جنة جناية تعلق أرشها برقبته ، وللشافعي في ذلك قولان ، وإن أقر أنه أعتقها ، صح إقراره ، وخرجت من الرهن ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي في أحد قولي : لا يقبل ، بناء على أنه لا يصح إعتاقه للرهن ، ولنا : أنه لو أعتقه لنفذ عتقه ، فقبل إقراره بعتقه ، كغير الرهن ، ولأن إقراره بعتقه يجري

(١) هذان حالان ، ولم يفرده المؤلف الحال الثاني بقوله : الثاني ، وإنما اكتفى بقوله أو قبل لزومه ، ثم أفرد الثالث بقوله (الحال الثالث) فلا يتحير القارىء في البحث عن الحال الثاني .

مجرى عتقه ، فأشبهه ما لو قال : أنت حر ، ويتخرج أن ينفذ إقرار المفسر بناء على أنه لا ينفذ إعتاقه ، وكل موضع قلنا القول قول الراهن ، فقال القاضي : ذلك مع يمينه ، لأن كذبه محتمل ، ويحتمل أن لا يستحلف ، لأنه لو رجع عن إقراره لم يقبل ، فلا فائدة في استحلافه ، واختلف أصحاب الشافعي في استحلافه على نحو الوجهين : والصحيح عندي : أنه إذا أقر بالعتق لم يستحلف . لأن ذلك جرى مجرى قوله : أنت حر ، فلم يحتج إلى يمين ، كما لو صرح به ، وإن أقر بالفصص ، والجنابة ، فإنه إن لم يدع ذلك المفصوب منه ، والجنى عليه ، لم يلتفت إلى قول الراهن ، وجهاً واحداً ، وإن ادعى ، فاليمين عليهما لأن الحق لهما ، ورجوعهما عنه مقبول ، فكانت اليمين عليهما كسائر الدعاوى ، وإن أقر باستيلاء أمته ، فعليه اليمين . لأن نفعها عائذ إليه من حل استمتاعها ، وملاك خدمتها ، فكانت اليمين عليه ، بخلاف ما قبلها . وإن قلنا : القول قول المرتهن ، فعليه اليمين بكل حال . لأنه لو اعترف ثبت الحق في الرهن ، ويمينه على نفي العلم ، لأنها على نفي فعل الغير ، فإذا حلف سقطت الدعوى بالنسبة إليه ، وبقي حكمها في حق الراهن ، بحيث لو عاد إليه الرهن ظهر فيه حكم إقراره ، وإن أراد الجنى عليه ، أو المفصوب منه ، أن يفر ما في الحال ، فلهما ذلك . لأنه منعت من استيفاء الجنابة بقصره ، فلزمه أرشها كما لو قتله .

٣٢٩٩ (فصل) ولا يحل للمرتهن وطء الجارية المهرونة إجماعاً ، لقول الله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) وليست هذه زوجة ، ولا ملك يمين ، فإن وطئها عالماً بالتحريم ، فعليه الحد . لأنه لا شبهة له فيه ، فإن الرهن استيثاق بالدين ، ولا مدخل لذلك في إباحة الوطء ، ولأن وطء المستأجرة يوجب الحد مع منسلكو لنفعها ، فالرهن أولى ، فإن ادعى الجهل بالتحريم ، واحتمل صدقه لكونه ممن نشأ ببادية ، أو حديث عهد بالإسلام ، فلا حد عليه . وولده حر ، لأنه وطئها معتقداً بإباحة وطئها ، فهو كما لو وطئها بظن أمته ، وعليه قيمة ولدها يوم الولادة ، لأن اعتقاده الحِلَّ منع انحلاق الولد رقيقاً ، فقوت رِقِّ الولد على سيدها ، فلزمته قيمته ، كالمفروور بحرية أمته ، وإن لم يحتمل صدقه ، كالنashi ببلاد الإسلام تخلفاً بهم . من أهل العلم ، لم تقبل دعواه ، لأنه لا يخلو ممن يسمع منه ما يعلم به تحريم ذلك ، فيكون كمن لم يدع الجهل ، وولده رقيق للراهن ، لأنه من زنا ، ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين أن يكون الوطء بإذن الراهن ، أو بغير إذنه ، وهذا المنصوص عن الشافعي ، ويحتمل أن لا تجب قيمة الولد مع الإذن في الوطء . وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، لأن الإذن في الوطء إذن فيما يحدث منه ، بدليل أنه لو أذن المرتهن للراهن في الوطء ، فحملت منه سقط حقه من الرهن . ولو أذن في قطع إصبع ، فسرت إلى أخرى ، لم يضمنها .

ووجه الأول : أن وجوب الضمان يمنع انحلاق الولد رقيقاً ، وسببه اعتقاد الحِلِّ وما حصل ذلك بإذنه ،

بمخلاف الوطاء ، فإنَّ خُرُوجَهَا من الرهن بالحلل الذى الوطاء المأذون فيه سببٌ له ، وأما المهرُ ، فإن كان الوطاءُ بإذنِ الراهن فلا مهرَ له ، وقال أبو حنيفة : يجب له ، لأنه يجبُ لها ابتداءً ، فلا يسقط بإذن غيرها ، وعن الشافعى كالذهبيين .

ولنا : أنه أذن في سببه ، وهو حقه ، فلم يجب ، كما لو أذن في قتلها ، ولأنَّ المالك أذن في استيفاء المنفعة ، فلم يجب عوضُها ، كالحرَّة ، المطاوعة . وإن كان بغير إذنه ، فالمهرُ واجبٌ ، سواء أكرهها ، أو طأوعته . وقال الشافعى : لا يجبُ المهرُ مع المطاوعة ، لأنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم نهى « عَنْ مَهْرِ الْبَغِيِّ » ولأنَّ الحدَّ إذا وجب على الموطوءة ، لم يجب المهرُ كالحرَّة .

ولنا : أن المهرَ يجبُ للسَّيد ، فلا يسقط بمطاوعة الأمة ، وإذنها ، كما لو أذنت في قطع يدها ، ولأنه استوفى هذه المنفعة المملوكة للسَّيد بغير إذنه ، فكان عليه عوضُها ، كما لو أكرهها ، وكأرش بكارتها ، لو كانت بكرًا : والحديثُ مخصوصٌ بالمُكْرَهَةِ على الإفناء ، فإنَّ الله تعالى سَمَّاها بذلك مع كونها مُكْرَهَةً عليه ، فقال (٢٤ : ٣٣) وَلَا تُكْرِهُوا فَتِيَانَكُمْ عَلَى الْإِفْنَاءِ ، فإنَّ الله تعالى سَمَّاها بذلك مع كونها مُكْرَهَةً عليه ، قلنا : لا يجبُ المهرُ لها ، وفي مسائلنا لا يجبُ لها ، وإنما يجبُ لسَيِّدها . وبفارق الحرَّة ، فإن المهرَ لو وجب ، لوجب لها ، وقد أسقطت حقَّها بإذنها ، وهما المستحقَّ لم يأذن ، ولأنَّ الوجوبَ في حق الحرَّة بإكرامها ، وسقوطه بمطاوعتها ، فكذلك السَّيد ههنا ، لما تعلق السقوط بإذنه ، ينبغى أن يثبت عند عدمه ، وسواء وطئها مُعْتَقِدًا لِلْحِلِّ أو غير مُعْتَقِدٍ له ، أو ادعى شُبُهَةً أو لم يدَّعها لأنَّ المهرَ حقٌّ آدمى ، فلا يسقط بالشُّبُهَات ، ولا تصيرُ هذه الأمةُ أُمًّا وَلَدٍ لِلْمَرْثَيْنِ بحالٍ ، سواء ملكهما بعد الوضع ، أو قبله ، وسواء حكمنا بريقِّ الولد ، أو حرِّيته ، لأنه أحبلها في غير مِلْكِهِ .

٣٣٠٠ — « مسألة » قال ﴿ وإذا جنى العبدُ المَرْهُونُ ، فالجنى عليه أحقُّ برقبته من مُرْتَهِنِهِ ، حتى يستوفى حقه ، فإن اختار سيِّدُهُ أن يَفْدِيَهُ ، وفعل ، فهو رهنٌ بحاله ﴾ .

وجملته : أن العبد المَرْهُونُ إذ جنى على إنسان ، أو على ماله ، تماثت الجناية برقبته ، فكانت مقدَّمةً على حقِّ المرتهن ، لا نعلمُ في هذا خلافاً ، وذلك لأنَّ الجناية مقدَّمةٌ على حقِّ المالك ، والمالك أقوى من الرهن ، فأولى أن يقدم على الرهن . فإن قيل : لحقِّ المرتهن أيضاً يُقدَّمُ على حقِّ المالك . قلنا : حقُّ المرتهن ثبت من جهة المالك بعقده ، وحقُّ الجناية ثبت بغير اختياره ، مُقدِّمًا على حقه ، فيقدَّمُ على ما ثبت بعقده ، ولأنَّ حقَّ الجناية يختصُّ بالعين ، يسقط بقواتها ، وحقُّ المرتهن لا يسقط بفوات العين ، ولا يختصُّ بها ، فكان تعلقه بها أخفَّ ، وأدنى ، فإن كانت جنابةً موجبةً للقصاص ، فلولى الجناية استيفاءؤه ، فإن اقتصر سقط الرهنُ ، كما لو تَلَفَ ، وإن عفا على مالٍ ، تعلق برقبته العبد ،

وصار كالجناية الموجبة للعالم ، فيقالُ للسَّيِّدُ : أنتَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهِ ، وَبَيْنَ تَسْلِيمَةِ اللَّيْبِيعِ ، فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ فَبِكُمْ يَفْدِيهِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ :

(إحداهما) بِأَقْلِّ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ ، أَوْ أَرْضِ جَنَائِيَتِهِ ، لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَرْضُ أَقْلَ ، فَالْجَنَى عَلَيْهِ لَا يَسْتَحِقُّ أَكْثَرَ مِنْ أَرْضِ جَنَائِيَتِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ الْقِيَمَةُ أَقْلَ ، فَلَا يُلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ، لِأَنَّهُ مَا يَدْفَعُهُ عَوَاضُ عَنْ الْعَبْدِ ، فَلَا يُلْزَمُ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَهُ .

(والثانية) يَفْدِيهِ بِأَرْضِ جَنَائِيَتِهِ ، بِالْفَا مَا بَلَغَ ، لِأَنَّهُ رَبَّمَا يَرْغَبُ فِيهِ رَاغِبٌ فَيَشْتَرِيهِ بِأَكْثَرِ مِنْ قِيَمَتِهِ ، فَإِذَا فَدَاهُ ، فَهُوَ رَهْنٌ بِحَالِهِ ، لِأَنَّهُ حَقُّ الْمُرْتَهِنِ قَائِمٌ ، لَوْ جُودَ سَبَبُهُ وَإِنَّمَا قَدَّمَ حَقُّ الْجَنَى عَلَيْهِ لِقَوَّتِهِ ، فَإِذَا زَالَ ، ظَهَرَ حَكْمُ الرَّهْنِ ، كَحَقِّ مَنْ لَا رَهْنَ لَهُ ، مَعَ حَقِّ الْمُرْتَهِنِ فِي تَرْكَةِ مُفْلِسٍ ، إِذَا أَسْقَطَ الْمُرْتَهِنُ حَقَّهُ ظَهَرَ حَكْمُ الْآخِرِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ . قِيلَ لِلْمُرْتَهِنِ : أَنْتَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهِ ، وَبَيْنَ تَسْلِيمَةِ ، فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَبِكُمْ يَفْدِيهِ ؟ عَلَى الرَوَايَتَيْنِ . فَإِنْ فَدَاهُ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، رَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ أَدَّى الْحَقَّ عَنْهُ بِإِذْنِهِ ، فَرَجَعَ بِهِ ، كَمَا لَوْ قَضَى دَيْنَهُ ، بِإِذْنِهِ ، وَإِنْ فَدَاهُ مَتَبَرِّعًا لَمْ يَرْجَعْ بِشَيْءٍ ، وَإِنْ نَوَى الرَّجُوعَ : فَمَلَّ يَرْجِعُ بِذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا لَوْ قَضَى دَيْنَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، وَإِنْ زَادَ فِي الْفِدَاءِ عَلَى الْوَاجِبِ ، لَمْ يَرْجَعْ بِهِ ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وَمَذْعَبُ الشَّافِعِيِّ كَمَا ذَكَرْنَا فِي هَذَا الْفَصْلِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِمَا فَدَاهُ بِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، قَوْلًا وَاحِدًا ، وَإِنْ شَرَطَ لَهُ الرَّاهِنُ الرَّجُوعَ ، رَجَعَ قَوْلًا وَاحِدًا ، وَإِنْ قَضَاهُ بِإِذْنِهِ مِنْ غَيْرِ شَرَطِ الرَّجُوعِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، وَهَذَا أَصْلٌ يَذْكُرُ فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ ، فَإِنْ فَدَاهُ ، وَشَرَطَ أَنْ يَكُونَ رَهْنًا بِالْفِدَاءِ مَعَ الدِّينِ الْأَوَّلِ . فَقَالَ الْقَاضِي : يَجُوزُ ذَلِكَ ، لِأَنَّ الْجَنَى عَلَيْهِ يَمْلِكُ بَيْعَ الْعَبْدِ ، وَإِبْطَالَ الرَّهْنِ . فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الرَّهْنِ الْجَائِزِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَالزِّيَادَةُ فِي دَيْنِ الرَّهْنِ قَبْلَ لُزُومِهِ جَائِزَةٌ ، وَلِأَنَّ أَرْضَ الْجَنَائِيَةِ مُتَعَلِّقَةٌ بِهِ ، وَإِنَّمَا يَنْتَقِلُ مِنَ الْجَنَائِيَةِ إِلَى الرَّهْنِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ، لِأَنَّ الْعَبْدَ رَهْنٌ بِدَيْنٍ ، فَلَا يَجُوزُ رَهْنُهُ ثَانِيًا بِدَيْنٍ سِوَاهُ ، كَمَا لَوْ رَهْنَهُ بِدَيْنٍ سِوَى هَذَا ، وَذَهَبَ أَبُو جَنَيْفَةَ إِلَى أَنَّ ضَمَانَ جَنَائِيَةِ الرَّهْنِ عَلَى الْمُرْتَهِنِ فَإِنْ فَدَاهُ لَمْ يَرْجَعْ بِالْفِدَاءِ وَإِنْ فَدَاهُ الرَّاهِنُ ، أَوْ بَيْعَ فِي الْجَنَائِيَةِ ، سَقَطَ دَيْنُ الرَّهْنِ ، إِنْ كَانَ بِقَدْرِ الْفِدَاءِ ، وَبِنَاءً عَلَى أَصْلِهِ فِي أَنَّ الرَّهْنَ مِنْ ضَمَانِ الْمُرْتَهِنِ ، وَهَذَا يَأْتِي السَّكْلَامُ عَلَيْهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَإِذَا لَمْ يَقْدِرْ الْجَانِي ، فَبَيْعَ فِي الْجَنَائِيَةِ الَّتِي تَسْتَفِرُّ قِيَمَتَهُ ، بِطَلِّ الرَّهْنِ ، وَإِنْ لَمْ تَسْتَفِرَّهَا بَيْعَ مِنْهُ بِقَدْرِ أَرْضِ الْجَنَائِيَةِ ؛ وَبَاقِيهِ رَهْنٌ ، إِلَّا أَنْ يَتَعَذَّرَ بَيْعُ بَعْضِهِ ، فَيُبَاعُ السَّكْلُ ، وَيَحْتَمِلُ بَيَّةُ الثَّمَنِ رَهْنًا ، وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هَلْ يُبَاعُ مِنْهُ بِقَدْرِ الْجَنَائِيَةِ ، أَمْ يَبَاعُ جَمِيعُهُ وَيَكُونُ الْفَاضِلُ مِنْ ثَمَنِهِ عَنْ أَرْضِ جَنَائِيَتِهِ رَهْنًا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ :

(٣٣٠) (فصل) وَإِنْ كَانَتْ الْجَنَائِيَةُ عَلَى سَيِّدِ الْعَبْدِ ؛ فَلَا يَخْلُو مِنْ حَالَيْنِ :

أحدهما : أن تكون الجناية غير مُوجِبَةٍ للقَوْدِ ، كجناية الخطأ ، أو شُبُه العمد ، أو إتلاف مالٍ ، فيسكونُ هَدْرًا ، لأنَّ العبدَ مالٌ لسيِّده ، فلا يثبتُ له مالٌ في مالٍ .

الثاني : أن تكون مُوجِبَةً للقَوْدِ ، فلا يخلو من أن تكون على النفس ، أو على ما دونها ، فإن كانت على ما دون النفس فالحقُّ للسيِّد ، فإن عفا على مالٍ ، سقط القصاصُ ، ولم يجب المَالُ ، لما ذكرنا ، وكذلك إن عفا على غير مالٍ ، وإن أحبَّ أن يقتصَّ ، فله ذلك ، لأنَّ السيِّد لا يملك الجناية على عبده ، فثبتت له ذلك بجنايته عليه ، ولأنَّ القصاصَ يجبُ للزجرِ ، والحاجةُ تدعو إلى زجره عن سيِّده ، فإن اقتصَّ ، فماليه قيمته ، تكون رَهْنًا مكانه ، وقضاءٌ عن الدين . لأنَّه يُخرجُه عن كونه رَهْنًا باختياره ، فكان عليه بدُّه ، كما لو أعتقه ، وإن كانت الجناية على النفس ، فللورثةِ استيفاءُ القصاصِ ، وليس لهم العفوُّ على مالٍ ، وذكر القاضي وجهًا آخرَ : أن لهم ذلك ، لأنَّ الجناية حصلت في ملكٍ غيرهم ، فكان لهم العفوُّ على مالٍ ، كما لو جنى على أجنبيٍّ ، ولا شافى قولان كالْمُذْهَبَيْنِ . فإن عفا بعضُ الورثةِ ، سقط القصاصُ ، وهل يثبتُ اغتير العافي نصيبه من الدية ؟ على الوجهين ، ومذهب الشافعيُّ في هذا الفصل كلُّه على نحو ما ذكرناه .

٣٣٠٢ (فصل) وإن جنى العبدُ المَرهُونُ على عبْدٍ ، لسيِّده ، لم يُخل من حالين :

أحدهما : أن لا يكون مرهونًا ، فحكمه حكمُ الجناية على طَرَفِ سيِّده ، له القصاصُ إن كانت جنايته مُوجِبَةً له ، وإن عفا على مالٍ ، أو غيره ، أو كانت الجناية لا تُوجِبُ القصاصَ ، ذهبت هَدْرًا ، وسواء كان الجَنَى عليه ، قَنًا ، أو مُدَبَّرًا ، أو أَمًّا ولد .

الحال الثاني : أن يكون رَهْنًا ، فلا يخلو : إمَّا أن يكون رَهْنًا عند مرتَهِنِ القاتل ، أو عند غيره ، فإن كان عند مرتَهِنِ القاتل ، والجناية مُوجِبَةً للقصاصِ ، فليسيِّده القصاصُ ، فإن اقتصَّ ، بطلَ الرهنُ في الجَنَى عليه ، وعليه قيمته للمقتصِّ منه ، فإن عفا على مالٍ ، أو كانت الجناية مُوجِبَةً للعالم ، وكأنا رَهْنًا بحقٍّ واحدٍ ، لجنايته ، هَدْرٌ ، لأنَّ الحقَّ يتعلقُ بكل واحدٍ منهما ، فإذا قُتل أحدهما بقي الحقُّ متعلِّقًا بالآخر ، وإن كان كل واحدٍ منهما مرهونًا بحقٍّ مُفْرَدٍ ، ففيه أربعُ مسائل .

إحداها : أن يسكون الحَقَّانِ سواءً ، وقيمتُهُما سواءً ، فتسكونُ الجناية هَدْرًا ، سواء كان الحَقَّانِ من جنسين ، مثلُ أن يكون أحدهما بمائة دينارٍ ، والآخرُ بألف درهمٍ ، قيمتهما مائة دينارٍ ، أو من جنس واحدٍ ، لأنَّه لا فائدة في اعتبار الجناية .

المسألة الثانية : أن يختلف الحَقَّانِ وتنفق القيمتان ، مثلُ أن يكون دينُ أحدهما مائة ، ودينُ الآخرِ مائتين ، وقيمةُ كل واحدٍ منهما مائة . فإن كان دينُ القاتل أكثرَ ، لم يُنقل ، إلى دينِ المقتول ، لعدم

الغرض فيه ، وإن كان دينُ المقتول أكثرُ نُقِلَ إلى القاتل ، لأنَّ المرتهنَ غرضاً في ذلك ، وهل يُباع
القتلُ وتُجْمَلُ قيمته رهناً مكان المقتول ، أو يُنْقَلُ بحاله ؟ على وجهين .

أحدهما : لا يُباع ، لأنَّه لا فائدة فيه . والثاني : يُباع ، لأنَّه ربما زاد فيه مُزايده ، فبَلَّغَهُ أكثر من
ثمنه ، فإن عُرِضَ للبيع ، فلم يُرَدَّ فيه ، لم يُبْعَ ، لعدم ذلك .

المسألة الثالثة : أن يَتَّفَقَ الدينان ، وتختلف القيمتان بأن يكون دينُ كل واحد منهما مائة ، وقيمةُ
أحدهما مائة ، والآخر مائتين ، فإن كانت قيمةُ المقتول أكثر ، فلا عَرْضَ في النقل ، فَيَبْقَى بحاله ، وإن
كانت قيمةُ الجاني أكثر ، يَبْعَ منه بقدر جنائته ، يكون رهناً بدين الجاني عليه والباقي رهنٌ بدينه .
وإن اتَّفَقَا على تَبَقُّيْتِهِ ، ونُقِلَ الدين إليه ، صار مرهوناً بهما ، فإن حلَّ أحدُ الدينين يَبْعَ بكلِّ حالٍ ،
لأنَّه إن كان دينه المعجل يَبْعَ لِيُسْتَوْفَى من ثمنه ، وما بقي منه رهنٌ بالدين الآخر ، فإن كان المعجل
الآخر ، يَبْعَ لِيُسْتَوْفَى منه بقدره ، والباقي رهنٌ بدينه .

المسألة الرابعة : أن يختلف الدينان ، والقيمتان ، مثل أن يكون أحد الدينين خمسين ، والآخر ثمانين ،
وقيمةُ أحدهما مائة ، والآخر مائتين ، فإن كان دينُ المقتول أكثر نُقِلَ إليه ، وإلا فلا ، وأما إن كان
الجاني عليه رهناً عند غير مرتهن القاتل ، فلا سَيْدَ الْقِصَاصِ ، لأنَّه مقدَّمٌ على حقِّ المرتهن ، بدليل أن الجناية
الموجِبَةَ للمال مُقَدَّمَةٌ عليه ، فالقِصَاصُ أولى ، فإن اقتَصَ ، بطل الرهنُ في الجاني عليه . لأن الجناية عليه
لم توجب مالاً يُجْمَلُ رهناً مكانه ، وعليه قيمةُ المقتَصَ منه ، تكون رهناً ، لأنَّه أبطل حقَّ الوثيقة فيه ،
باختياره : وللسَّيِّدِ العفوُّ على مالٍ ، فتصيرُ الجنايةُ كالجناية الموجِبَةِ للمال ، فيثبُتُ المالُ في رِقْبَةِ العبد ،
لأنَّ السَّيِّدَ لو جنى على العبد لوجب أَرُشُ جنائته ، لحقَّ المرتهن ، فبأن يثبُتَ على عبده أولى ، فإن كان
الأرُشُ لا يستغرق قيمته ، يَفْعَلُ منه بقدر أَرُشِ الجناية ، يكون رَهْنًا عند مرتهن الجاني عليه ، وباقيه باقٍ
عند مرتهنه ، وإن لم يمكن بيعُ بعضه ، يَبْعُ جميعه وقَسَمَ ثمنه بينهما على حَسَبِ ذلك رَهْنًا ، وإن كانت
الجناية تستغرق قيمته ، نُقِلَ الجاني ، فَيُجْمَلُ رهناً عند الآخر ، ويَحْتَمَلُ أن يُباعَ ، لاحتمال أن يرغب
فيه راغبٌ بأكثر من ثمنه ، فيَقْضَلُ من قيمته شيء ، يكون رهناً عند مرتهنه ، وهذا كُلُّهُ
قول الشافعي .

٣٣٠٣ (فصل) فإن كانت الجناية على موروث سيِّده ، فيما دون النفس ، كأطرافه ، أو ماله ،
فهى كالجناية على أجنبيٍّ ، وله الْقِصَاصُ ، إن كانت موجِبَةً له ، والعفوُّ على مالٍ ، وغيره ، وإن كانت
موجِبَةً للمال ابتداءً ، ثبت ، فإن انتقل ذلك إلى السَّيِّدِ بموت المستحقِّ ، فله ما لمورثه من الْقِصَاصِ ،
والعفوُّ على مالٍ . لأنَّ الاستدامة أقوى من الابتداء ، فجاز أن يثبُتَ بها ما لا يثبُتُ في الابتداء . وإن

كانت الجناية على نفسه بالقتل ، ثبت الحكمُ لسيده ، وله أن يقتصَّ فيما يوجبُ القصاصَ ، وإن عفا على مالٍ ، أو كانت الجناية موجبةً للعالم ابتداءً ، فهل يثبتُ للسيد ؟ فيه وجهان . أحدهما : يثبتُ ، وهو قولُ بعض أصحاب الشافعيِّ ، لأنَّ ، الجناية على غيره ، فأشبهت الجناية على ما دون النفس . والثاني : لا يثبتُ له مال في عبده ، ولا له العفو عليه ، وهو قولُ أبي ثور ، لأنه حقٌّ يثبتُ للسيد ابتداءً ، فلم يكن له ذلك ، كما لو كانت الجناية عليه . وأصل الوجهين وجوبُ الحقِّ في ابتدائه ، هل يثبتُ للقتيل ، ثم ينتقل إلى وارثه ، أو يثبتُ للوارث ابتداءً ؟ على وجهين . وكلُّ موضع يثبتُ له المالُ في رقبة عبده ، فإنه يقدمُ على الرهن . لأنه يثبتُ للموروث ، كذلك ، فينتقل إلى وارثه كذلك ، وإن اقتصَّ في هذه الصورة لم يلزمه بدلُ الرهن . لأنه إذا قُدِّمَ المالُ على حقِّ المرتهن ، فالقصاصُ أولى . ولأن القصاصَ يثبتُ للموروث مقدماً على حقِّ المرتهن في حقِّ وارثه .

٣٣٠٤ (فصل) وإن كانت الجناية على مُكاتبِ السيد ، فهي كالجناية على ولده ، وتمجيزُهُ كموت ولده فيما ذكرنا ، والله أعلم .

٣٣٠٥ (فصل) فإن جنى العبدُ المرهونُ بإذن سيده ، وكان ممن يعلمُ تحريم الجناية ، وأنه لا يجبُ عليه قبولُ ذلك من سيده ، فهي كالجناية بغير إذنه ، وإن كان أعجمياً أو صديقاً لا يعلمُ ذلك ، فالسيد هو القاتل . والقصاصُ والديةُ متممقان به ، لا يُباع العبدُ فيها ، مُوسراً كان السيد ، أو معسراً ، كما لو باشر السيدُ القتلَ . وذكر القاضى وجهاً آخر : أن العبدَ يُباعُ إذا كان السيدُ معسراً . لأنه باشرَ الجناية . والصحيحُ الأولُ ، لأنَّ العبدَ آلهُ ، فلو تملقت الجنايةُ به ، بيعَ فيها ، وإن كان السيدُ مُوسراً . وحُكِمَ بإقرار العبد بالجناية حكمُ إقرار العبد ، غير المرهون ، على ما مضى بيانه في موضعه .

٣٣٠٦ « مسألة » قال ﴿ وإن جرح العبد المرهونُ ، أو قتل ، فالخصمُ في ذلك سيدهُ ، وما قبضَ بسبب ذلك من شيء فهو رهنٌ ﴾

وجملته : أنه إذا جُنِيَ على الرهن ، فالخصمُ في ذلك سيده . لأنه مالُكهُ ، والأرضُ الواجبُ بالجناية مالُكهُ ، وإنما للمرتهن فيه حقُّ الوثيقة ، فصار كالعبد المستأجر ، والمودع . وبهذا قال الشافعيُّ ، وغيره . فإن ترك المطالبة ، أو أخرها ، أو كان غائباً ، أو له عُذرٌ يمنعه منها ، فللمرتهن المطالبةُ بها . لأنَّ حقَّه متملِّقٌ بموجبها ، فكان له الطلبُ به ، كما لو كان الجاني سيده ، ثم إن كانت الجناية موجبةً للقصاص ، فلا سيد القصاص . لأنه حقٌّ له ، وإنما يثبتُ لِيُسْتَوْقَى . فإن اقتصَّ ، أخذت منه قيمةُ أفْلَهما قيمةً ، فجُعِلت مكانه ، رهنًا ، نصَّ عليه أحمد في رواية ابن منصور ، وهذا قولُ إسحاق ، ويتخرج أن لا يجبَ عليه

شيء ، وهو مذهب الشافعي . لأنه لم يجب بالجناية مال ، ولا استحقاق بحال ، وليس على الراهن أن يسعى المرتهن في اكتساب مال .

ولنا : أنه أتلف مالاً استحققت بسبب إتلاف الرهن ، فغرم قيمته . كما لو كانت الجناية موجبة للمال ، وهكذا الحكم فيما إذا ثبت القصاص لتسيّد في عبده المرهون ، وإنما أوجبنا أقلّ القيمتين . لأنّ حقّ المرتهن إنما يتعلق بالمالية ، والواجب من المال هو أقلّ القيمتين ، لأنّ الرهن إن كان أقلّ ، لم يجب أكثر من قيمته ، وإن كان الجاني أقلّ ، لم يجب أكثر من قيمته ، وإن عفا على مال صحّ عفوه ، ووجب أقلّ القيمتين ، لما ذكرنا . هذا إذا كان القصاص قتلًا . وإن كان جرحًا ، أو قلع سنّ ونحوه ، فالواجب بالعمو أقلّ الأمرين ، من أرش الجرح ، أو قيمة الجاني . وإن عفا مطلقًا ، أو على غير مال ، انبنى ذلك على موجب العمده ما هو ؟ فإن قلنا : موجب أحد شيئين ، ثبت المال ، وإن قلنا موجب القصاص عينا ، فحكمه حكم ما لو اقتص . إن قلنا : ثمّ : يجب قيمته على الراهن وحسب ههنا . وهو اختيار أبي الخطاب . لأنه فوت بدل الرهن بفعله ، أشبه ما لو اقتص . وإن قلنا : لا يجب على الراهن شيء ، ثمّ ، لم يجب ههنا شيء ، وهو قول القاضي ، ومذهب الشافعي ، لأنه اكتساب مال ، فلا يجبر عليه ، وأما إن كانت الجناية موجبة للمال ، أو ثبت المال بالعمو عن الجناية الموجبة للقصاص ، فإنه يتعلق به حقّ الراهن ، والمرتهن ، ويكون من غالب نقد البلد ، كقيم المتعلقات ، فلو أراد الراهن أن يبالغ عنها ، أو يأخذ حيوانًا عنها ، لم يجز ، إلا بإذن المرتهن ، فإن أذن فيه ، جاز لأنّ الحقّ لهما لا يخرج عنهما ، وما قبض من شيء فهو رهن بدلاً عن الأول ، نائبًا عنه ، وقائمًا مقامه ، فإن عفا الراهن عن المال ، فقال القاضي : يسقط حقّ الراهن دون حقّ المرتهن ، فتؤخذ القيمة تكون رهنًا ، فإذا زال الرهن رجع الأرض إلى الجاني ، كما لو أقرّ أنّ الرهن مغصوب ، أو جان . وإن استوفى الدين من الأرض احتتمل أن يرجع الجاني على العافي . لأنّ ماله ذهب في قضاء دينه ، فلزمته غرامته ، كما لو غصبه ، أو استعاره ، فرهته ، واحتتمل أن لا يرجع عليه ، لأنه لم يوجد منه في حقّ الجاني ما يقتضي وجوب الضمان ، وإنما استوفى بسببه كان منه حال ملكه ، فأشبه ما لو جنى إنسان على عبده ، ثمّ وهبه لغيره ، فتلف بالجناية السابقة . وقال أبو الخطاب : يصحّ العفو مطلقًا ، ويؤخذ من الراهن قيمته ، تكون رهنًا ، لأنه أسقط دينه عن غريمه ، فصحّ ، كسائر ديونه ، قال : ولا يمكن كونه رهنًا مع عدم حقّ الراهن فيه ، فلزمته القيمة ، لتفويته حقّ المرتهن ، فأشبه ما لو تلف بدل الرهن . وقال الشافعي : لا يصحّ العفو أصلًا . لأنّ حقّ المرتهن متعلق به ، فلم يصحّ عفوه الراهن عنه ، كالرهن نفسه ، وكما لو وهب الرهن ، أو غصب فعفى عن غاصبه ، وهذا أصحّ في النظر ، وإن قال المرتهن : أسقطت حقّي من ذلك ، سقط لأنه ينفع الراهن

ولا بضرة، وإن قال: أسقطت الأرض، أو أبرأت منه، لم يسقط. لأنه ملك للراهن، فلا يسقط بإسقاط غيره، وهل يسقط حقه؟ فيه وجهان.

أحدهما: يسقط، وهو قول الفاضل، لأن ذلك يتضمن إسقاط حقه، فإذا لم يسقط حق غيره، سقط حقه، كما لو قال: أسقطت حتى وحق الراهن.

والثاني: لا يسقط. لأن العفو، والإبراء منه، لا يصح، فلم يصح ما تضمنه.

٣٣٠٧ (فصل) وإذا أفر رجل بالجنابة على الرهن، فكذباه، فلا شيء لهما. وإن كذب به المرتهن، وصدقه الراهن، فله الأرض، ولا حق للمرتهن فيه، فان صدقه المرتهن وحده، تملق حقه بالأرض، وله قبضه. فإذا قضى الراهن الحق، أو أبرأه المرتهن، رجع الأرض إلى الجاني، ولا شيء للراهن فيه، وإن استوفى حقه من الأرض، لم يملك الجاني مطالبة الراهن بشيء، لأنه مقر له باستحقاقه.

٣٣٠٨ (فصل) ولو كان الرهن أمة حايلاً، فضرَبَ بطنها أجنبى، فألقت جنيناً، ميتاً، ففيه عشر قيمة أمه. وإن ألقت حياً ثم ماتت لوقت بعيش مثله، ففيه قيمته، ولا يجب ضمان نقص الولادة. لأنه لا يتميز نقصها عما وجب ضمانه من ولدها. ويحتمل أن يضمن نقصها بالولادة، لأنه حصل بفعله، فلزمه ضمانه، كما لو غصبها، ثم جن عليها، ويحتمل أن يجب أكثر الأمرين من نقصها، أو ضمان جنينها، لأن سبب ضمانها وجد، فإذا لم يجتمع ضمانها، وجب ضمان أكثرهما. وإن ضرب بطن بهيمة ألقت ولدها ميتاً، ففيه ما نقصتها الجنابة، لا غير، وما وجب من ذلك كله فهو رهن مع الأم، وقال الشافعي: ما وجب لنقص الأم، أو لنقص البهيمة، فهو رهن معها، وكذلك ما وجب في ولدها، وما وجب في جنين الأمة، فليس برهن. لأن نماء الرهن ليس برهن. ولنا: أن هذا ضمان يجب بسبب الجنابة على الرهن، فكان من الرهن، كالواجب لنقص الولادة، وضمان ولد البهيمة. وقولهم: إن نماء الرهن لا يدخل في الرهن غير مسلم.

٣٣٠٩ «مسألة» قال: وإذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئاً من ماله يعرفانه، أو على أن يعطيه بالثمن حياً يعرفانه، فالبيع جائز، فإن أبي تسليم الرهن، أو أبي الحيل أن يتحمل، فالبايع مخير في فسخ البيع، وفي إقامته بلا رهن، ولا تحيل.

الحيل. الضمين، وهو فعل بمعنى فاعل، يقال ضمين، وحميل وقبيل، وكفيل، وزعيم، وصبير بمعنى واحد. وجملة ذلك: أن البيع بشرط الرهن، أو الضمين صحيح، والشرط صحيح، أيضاً. لأنه من مصلحة العقد غير منافية لمقتضاه، ولا نعلم في صحة خلافه، إذا كان معلوماً، ولذلك قال الحرفي: يعرفانه في الرهن، والضمين معاً. ومعرفة الرهن تحصل بأحد شيئين: المشاهدة، أو الصفة التي يعلم بها الموصوف

كما في السلم ويتعين بالتبض . وأما الضمين : فيعلم بالإشارة إليه ، أو تعريفه بالاسم ، والنسب ، ولا يصح بالصفة ، بأن يقول : رجل غني من غير تعيين . لأن الصفة لا تأتي عليه . ولو قال : الشرط رهن ، أو ضمين ، كان فاسداً . لأن ذلك يختلف ، وليس له عرف ينصرف إليه بإطلاق . ولو قال بشرط رهن أحد هذين العبدین ، أو يضمّنني أحد هذين الرجلين ، لم يصح . لأن الغرض يختلف في صح مع عدم التعيين ، كالبيع وهذا مذهب الشافعي . وحكي عن مالك ، وأبي ثور ، أنه يصح شرط الرهن المجهول ، ويلزمه أن يدفع إليه رهناً بقدر الدين . لأنه وثيقة فجاز شرطها مطلقاً ، كالشهادة . وقال أبو حنيفة : إذا قال : على أن أرهنتك أحد هذين العبدین جاز . لأن بيعه جائز عنده .

ولذا : أنه شرط رهناً مجهولاً ، فلم يصح ، كما لو شرط رهن مافي كُتبه ، ولأنه عقد يختلف فيه المقود عليه ، فلم يصح مع الجهل ، كالبيع ، وفارق الشهادة فإن لها عرفاً في الشرع تحلت عليه ، والكلام مع أبي حنيفة قد مضى في البيع . فإن الخلاف فيهما واحد ، إذا ثبت هذا : فإن المشتري إن وفى بالشرط فسلم الرهن ، أو تحل عنه الحميل لزم البيع وإن أبي تسليم الرهن ، أو أبي الحميل أن يتحمل عنه ، فللبائع الخيار بين فسخ البيع ، وبين إمضائه ، والرضا به بالرهن ، ولا حميل ، فإن رضى به لزمه البيع ، وهذا قول الشافعي ، وأصحاب الرأي ، ولا يلزم المشتري تسليم الرهن ، وقال مالك ، وأبو ثور : يلزم الرهن ، إذا كان مشروطاً في عقد البيع ، ويحبر عليه المشتري ، وإن وجده الحاكم دفعه إلى البائع ، لأن عقد البيع وقع عليه ، فأشبه الخيار ، وقال القاضي : ماعدا المسكيل ، والموزون يلزم فيه الرهن بمجرد العقد ، وقد مضى الكلام معهم في أول الباب ، ولأنه رهن فلم يلزم قبل التبض ، كما لو لم يكن مشروطاً في البيع ، أو كغير المسكيل ، والموزون ، وإنما لزم الخيار ، والأجل بالشرط . لأنه من توابع البيع لا ينفرد بنفسه ، والرهن عقد منفرد بنفسه ، ليس من التوابع ، ولأن الخيار ، والأجل يثبت بالقول ، ولا يفتقر إلى تسليم ، فاكتمل في ثبوته بمجرد القول ، بخلاف الرهن ، فأما الضمين ، فلا خلاف في أنه لا يلزمه الضمان ؛ إذ لا يلزمه شغل ذمته ، وأداء دين غيره ، باشتراط غيره . ولو وعده بأنه يضمّن ، ثم لم يفعل ، لم يلزم في الحكم كما لو وعده أنه يبيعه ثم أبي ذلك ، ومتى لم يف المشتري للبائع بشرطه ، كان له الفسخ ، كما لو شرط صفقة في الثمن ، فلم يف بها ، ولأنه أحد المتعاقدين ، فإذا لم يف بما شرط في العقد ، ثبت الخيار لصاحبه ، كالبايع إذا شرط المبيع على صفقة ، فبان بخلافها .

٣٣١ (فصل) ولو شرط رهناً ، أو ضميناً معيناً ، فجاء بغيرهما ، لم يلزم البائع قبوله ، وإن كان ما أتى به خيراً من المشروط ، مثل أن يأتي بأكثر قيمة من المشروط ، وحمل أوثق من المعين . لأنه عقد على معين ، فلم يلزمه قبول غيره ، كالبيع . ولأن الغرض يختلف بالأعيان ، فمنها ما يسهل بيعه

والاستيفاء من ثمنه ، ومنها ما هو أقل مؤنة وأسهل حفظاً ، وبعض الدَّعَمَ أملاً من بعض ، وأسهل إبقاءً ، فلا يلزمه قبول غير ما عتبه ، كسائر العقود :

٣٣١١ (فصل) وإن تعيب الرهن أو استحال العَصِيرُ خيراً ، قبل قبضه ، فللبائع الخيار بين قبضه مَعِيَّاً ، ورضاه بلا رهن ، فيما إذا تخمَّر العَصِيرُ وبين فسخ البيع ، وردَّ الرهن ، وإن علم بالعيب بعد قبضه ، فكذلك ، وليس له مع إمساكه أرش من أجل العيب لأن الرهن إنما لزم فيما حصل قبضه ، وهو الموجود والجزء الفائت لم يلزم تسليمه ، فلم يلزم الأرش بدلاً عنه ، بخلاف المبيع ، وإن تلف ، أو تعيب بعد القبض فلا خيار للبائع . وإن اختلفا في زمن حدوث العيب ، وهو بما لا يحتمل إلا قول أحدهما ، فالقول قوله من غير يمين لأن اليمين إنما تُراد لدفع الاحتمال ؛ وهذا لا يحتمل ، وإن احتمل قوليهما معاً انبنى على اختلاف التقابيعين في حدوث العيب في المبيع ، وفيه روايتان ، فيكون فيه ههنا وجهان .

أحدهما : القول قول الراهن ، وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي . لأن الأصل صحة العقد ، ولزومه . والآخر : القول قول المرتهن ، وهو قياس قول الخِرَاقِي ، لقوله مثل ذلك في البيع ، لأنهما اختلفا في قبض المرتهن للجزء الفائت ، فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في قبض جزء مُنفصل منه ، وإن اختلفا في زمن التلف ، فقال الراهن بعد القبض ، وقال المرتهن قبله . فالقول قوله . لأنه مُشَكَّر القبض ، وإن كان الرهن عَصِيراً ، فاستحال خيراً ، واختلفا في زمن استحالته ، فالقول قول الراهن ، نصَّ عليه أحمد ، وقال القاضي : يخرج فيه رواية أخرى : أن القول قول المرتهن ، كالاختلاف في البيع ، وهو قول أبي حنيفة ؛ لأن الأصل عدم القبض ، كما لو اختلفا في زمن التلف .

ولنا : أنهما اتفقا على العقد ، والقبض ، واختلفا فيما يفسد به . فكان القول قول من ينفيه ، كما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويفارق اختلافهما في حدوث العيب ، من وجهين . أحدهما : أنهما اتفقا على القبض ههنا ، ومثَّم اختلفا في قبض الجزء الفائت . الثاني : أنهما اختلفا ههنا فيما يفسد العقد ، والعيب بخلافه .

٣٣١٢ (فصل) ولو وجد بالرهن عيباً بعد أن حدث عنده عيب آخر ، فله ردّه ، وفسخ البيع . لأن العيب الحادث في ملك الراهن لا يلزم المرتهن ضمانه بخلاف المبيع ، وخرجه القاضي على روايتين ، بناءً على البيع ، فعلى قوله لا يملك الرد ، ولا يملك الفسخ . والصحيح ما ذكرناه ، وإن هلك الرهن في يد المرتهن . ثم علم أنه كان مَعِيَّاً لم يملك فسخ البيع . لأنه تعذر عليه ردّه . فإن قيل : فالرهن غير مضمون ، ولهذا لا يمتنع ردّه بحدوث العيب فيه . قلنا : إنما تُضمَّن قيمته . لأن العقد لم يقع على ملكه ،

وإنما وقع على الوثيقة ، فهو مضمون بالوثيقة . أما إذا تعيب فقد ردّه ، فيستحقّ بدل ما ردّه ، وهما لم يردّ شيئا ، فلو أوجبنا له بدله لأوجبنا على الراهن غير ما شرط على نفسه .

٣٣١٣ (فصل) ولو لم يشترط رهنًا في البيع ، فتطوع المشتري برهن ، وقبضه البائع كان حكمه حكم الرهن المشروط في البيع ، ولا ينفك شيء منه حتى يقضى جميع الدين ، ولا يملك الراهن انتزاعه ، ولا التصرف فيه ، إلا بإذن المرتهن ، إلا أنه إذا ردّه بعيب ، أو غيره ، لم يملك فسخ البيع .

٣٣١٤ (فصل) وإذا تبايها بشرط أن يكون المبيع رهنًا على ثمنه ، لم يصح ، قاله ابن حامد ، وهو قول الشافعي لأن المبيع حين شرط رهنه لم يكن مملوكًا له ، وسواء شرط أنه يقبضه ثم يرهنه ، أو شرط رهنه قبل قبضه ، وروى عن أحمد : أنه قال : إذا حبس المبيع ببيعة الثمن فهو غاصب ، ولا يكون رهنًا ، إلا أن يكون شرطًا عليه في نفس البيع ، وهذا يدل على صحة الشرط ، لأنه يجوز بيعه ، فجاز رهنه ، وقال القاضي معنى هذه الرواية : أنه شرط عليه في نفس البيع رهنًا غير المبيع ، فيكون له حبس المبيع حتى يقبض الرهن ، وإن لم يف به فسخ البيع ، فأما شرط رهن المبيع بغيره على ثمنه ، فلا يصح ، لوجوه : منها أنه غير مملوك له ، ومنها أن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع ، والرهن يقتضي الوفاء منه ، ومنها أن البيع يقتضي تسليم المبيع . أولاً ، ورهن المبيع يقتضي أن لا يسلمه حتى يقبض الثمن ، ومنها أن البيع يقتضي أن يكون إمساك المبيع مضمونًا ، والرهن يقتضي أن لا يكون مضمونًا ، وهذا يوجب تناقض أحكامهما ، وظاهر الرواية صحة رهنه . وقولهم : إنه غير مملوك ، قلنا : إنما شرط رهنه بعد هلكته . وقولهم : البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع ، غير صحيح ، إنما يقتضي وفاء الثمن مطلقًا . ولو تعدّر وفاء الثمن من غير المبيع لاستوفي من ثمنه . وقولهم البيع يقتضي تسليم المبيع قبل تسليم الثمن ، ممنوع وإن سلم ، فلا يمتنع أن يثبت بالشرط خلافه ، كما أن مقتضى البيع حصول الثمن ، ووجوب تسليمه في الحال ، ولو شرط التأجيل جاز ، كذلك مقتضى البيع ثبوت الملك في المبيع ، والتمكين من التصرف فيه ، وينتفي بشرط الخيار ، وهذا هو الجواب عن الوجه الثالث ، والرابع فأما إن لم يشترط ذلك في البيع ، لكن رهنه عنده بعد البيع فإن كان بعد لزوم البيع ، فالأولى صحته ، لأنه يصح رهنه عند غيره فصَحَّ عنده ، كغيره ، ولأنه يصح رهنه على غير ثمنه ، فصَحَّ رهنه على ثمنه ، وإن كان قبل لزوم البيع ، انبى على جواز التصرف في المبيع ، ففي كل موضع جاز التصرف فيه ، جاز رهنه ، ومالا فلا ، لأنه نوع تصرف ، فأشبهه ببيع .

٣٣١٥ (فصل) وإذا شرط في البيع رهنًا فاسدًا ، كالحرّم ، والمجهول ، والمعدوم ، وما لا يقدر على تسليمه ، أو غير المعين ، أو شرط رهن المبيع على ثمنه ، ففي فساد البيع روايتان ، مضى توجيههما

في الشروط الفاسدة في البيع ، واختار أبو الخطاب ههنا فساد البيع وهو قول أبي حنيفة ، وأحد قولي الشافعي ، وقد مضى ذكر ذلك .

٣٣١٦ (فصل) والشروط في الرهن تنقسم قسمين : صحيحاً ، وفاسداً . فالصحيح : مثل أن يشترط كونه على يد عدل عينه ، أو عدلين ، أو أكثر ، أو أن يبيعه العدل عند حلول الحق ، ولا نعلم في صحة هذا خلافاً ، وإن شرط أن يبيعه المرتهن صح . وبه قال أبو حنيفة ، ومالك ، وقال الشافعي : لا يصح . لأنه توكيل فيما يتنافى فيه الغرضان ، فلم يصح ، ولو وكله في بيعه من نفسه . ووجه التناهي : أن الراهن يريد الصبر على المبيع ، والاحتياط في توفير الثمن ، والمرتهن يريد تمجيل الحق ، وإنجاز البيع .

ولنا : أن ما جاز توكيل غير المرتهن فيه ، جاز توكيل المرتهن فيه ، كبيع عين أخرى . ولأن من جاز أن يشترطه الإمامك ، جاز اشتراط البيع له ، كالعدل ، ولا يضتر اختلاف الغرضين ، إذا كان غرض المرتهن مستحقاً له . وهو استيفاء الثمن عند حلول الحق ، وإنجاز البيع ، وعلى أن الراهن إذا وكله مع العلم بفرضه ، فقد سمح له بذلك ، والحق له ، فلا يمنع من السماح به كما لو وكل فاسقاً في بيع ماله ، وقبض ثمنه ولا نسلّم أنه لا يجوز توكيله في بيع شيء من نفسه ، وإن سلمنا ، فلأن الشخص الواحد يكون بائعاً ومشترياً ، وموجباً قابلاً ، وقابضاً من نفسه ، لنفسه ، بخلاف مسألتنا .

٣٣١٧ (فصل) وإذا رهنه أمة ، فشرطاً كونها عند امرأة ، أو ذى تحرّم لها ، أو كونها في يد المرتهن ، أو أجنبي ، على وجه لا يفضى إلى الخلوة بها ، مثل أن يكون لها زوجات ، أو سراري ، أو نساء من محارمها ، معهما في دارها ، جاز . لأنه لا يفضى إلى محرّم ، وإن لم يكن كذلك فسد الشرط . لأنه يفضى إلى الخلوة المحرّمة ، ولا يؤمن عليها ، ولا يفسد الرهن . لأنه لا يعود إلى نقص ، ولا ضرر في حق المتعاقدين ، ويكون الحكم فيه كما لو رهنها من غير شرط ، يصح الرهن ، ويجعلها الحاكم على يد من يجوز أن تسكون عنده ، وإن كان الرهن عبداً فشرط موضعه ، جاز ، وإن لم يشترط موضعه صح أيضاً ، كالأمة ، ويحتمل أن لا يصح لأن للأمة عرفاً ، بخلاف العبد ، والأول ، أصح . فإن الأمة إذا كان المرتهن ممن يجوز وضعها عنده ، كالعبد ، وإذا كان مرتهن العبد امرأة لا زوج لها ، فشرطت كونه عندها على وجه يفضى إلى خلوته بها ، لم يجز أيضاً ، فاستويا .

٣٣١٨ (فصل) والقسم الثاني الشروط الفاسدة ، مثل أن يشترط ما يتنافى مقتضى الرهن ، نحو أن يشترط أن لا يباع الرهن عند حلول الحق ، أو لا يستوفي الدين من ثمنه ، أو لا يباع ما خيف تلفه ، أو يبيع الرهن بأى ثمن كان ، أو أن لا يبيعه إلا بما يرضيه ، فهذه شروط فاسدة لمناقضتها مقتضى العقد ؛ فإن

المقصود مع الوفاء بهذه الشروط مفاداً ، وذلك إن شرطاً اختياراً للرهن ، أو أن لا يكون العقد لازماً في حقه ، أو توقيت الرهن ، أو أن يكون رهناً يومياً ، ويوماً لا ، أو كون الرهن في يد الراهن ، أو أن ينتفع به ، أو ينتفع به المرتهن ، أو كونه مضموناً على المرتن ، أو العديل ، فهذه كلها فاسدة . لأن منها ما يتنافى مقتضى العقد ومنها مالا يقتضيه العقد ، ولا هو من مصادحه ، وإن شرطاً شيئاً منها في عقد الرهن ، فقال القاضي : يحتل أن يفسد الرهن بها ، بكل حال ، لأن العاقد إنما بذل ماله بهذا الشرط ، فإذا لم يسلم له ، لم يصح العقد ، لعدم الرضى به بدونه ، وقيل : إن شرط الرهن مؤقتاً ، أو رهنه يوماً ، ويوماً لا فسد الرهن ، وهل يفسد بساؤها ؟ على وجهين ، بناءً على الشروط الفاسدة في البيع ، ونصر أبو الخطاب في رموس المسائل صحته ، وبه قال أبو حنيفة ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لَا يَفْلَقُ الرَّهْنُ » وهو مشروط فيه شرط فاسد ، ولم يحكم بفساده ، وقيل : ما ينقص حق المرتن يبطله ، وجهاً واحداً ، ومالاً ، فلي وجهين ، وهذا مذهب الشافعي . لأن المرتن شرطت له زيادة لم تصح له ، فإذا فسدت الزيادة لم يبطل أصل الرهن .

٣٣١٩ (فصل) وإن شرط أنه متى حل الحق ، ولم يؤفنى ، فالرهن لى بالدين ، أو فهو مبيع لى بالدين الذى عليك ، فهو شرط فاسد . روى ذلك عن ابن عمر ، وشريح ، والنخعي ، ومالك ، والثوري ، والشافعي وأصحاب الرأي ، لا نعلم أحداً خالفهم . والأصل في ذلك ما روى معاوية بن عبد الله ، بن جعفر ، قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَا يَفْلَقُ الرَّهْنُ » رواه الأثرم . قال الأثرم : قلت لأحمد : ما معنى قوله « لَا يَفْلَقُ الرَّهْنُ » ؟ قال : لا يدفع رهناً إلى رجل ، ويقول : إن جئتك بالدرهم إلى كذا ، وكذا ، وإلا فالرهن لك . قال ابن المنذر : هذا معنى قوله « لَا يَفْلَقُ الرَّهْنُ » عند مالك ، والثوري ، وأحمد ، وفي حديث معاوية بن عبد الله بن جعفر : أن رجلاً رهن داراً بالمدينة إلى أجل مسمى ، فضى الأجل ، فقال للذى ارتهن منزلي . فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لَا يَفْلَقُ الرَّهْنُ » ولأنه علق البيع على شرط ، فإنه جعله مبيعاً بشرط أن لا يؤفنيه الحق في تحله ، والبيع المعلق بشرط لا يصح ، وإذا شرط هذا الشرط فسد الرهن . وبخروج أن لا يفسد ، لما ذكرنا في سائر الشروط الفاسدة ، وهذا ظاهر قول أبي الخطاب في رموس المسائل ، واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا يَفْلَقُ الرَّهْنُ » فنفي غلقه ، دون أصله ، فيدل على صحته ، ولأن الراهن قد رضى برهنه مع هذا الشرط ، فمع بطلانه أولى أن يرضى به . ولنا : أنه رهن بشرط فاسد ، فكان فاسداً ، كما لو شرط توفيقته ، وليس في الخبر أنه شرط ذلك في ابتداء العقد ، فلا يكون فيه حجة .

٣٣٢ (فصل) ولو قال الغريم : رهنتك عيدي هذا ، على أن تزيدني في الأجل ، كان باطلاً .

لأنَّ الأجل لا يثبت في الدين ، إلاَّ أن يكون مشروطاً في عقدٍ وجب به ، فإذا لم يثبت الأجل ، لم يصحَّ الرهن ، لأنه جعله في مقابله ، ولأنَّ ذلك بضاهي ربِّ الجاهليَّة ، كانوا يزدون في الدين ، ليزدادوا في الأجل .

٣٣٢١ (فصل) إذا كان له على رجل ألف ، فقال : أقرضني ألفاً ، بشرط أن أرهّنك عبدي هذا بالألفين ، فنقل حنبل عن أحمد : أن القرض باطل ، وهو مذهب الشافعي ، لأنَّه قرضٌ يجرُّ منفعةً ، وهو الاستيثاق بالألف الأول ، وإذا بطل القرض ، بطل الرهن . فإذا قيل : أليس لو شرط أنه يعطيه رهناً بما يقترضه جاز ؟ قلنا : ليس هذا قرضاً جرَّ منفعةً ، لأنَّ غاية ما حصل له تأكيده الاستيفاء ، لبدل ما أقرضه ، وهو مثله ، والقرض يقتضي وجوب الوفاء ، وفي مسألتنا شرط في هذا القرض الاستيثاق لدينه الأول ، فقد شرط استيثاقاً لغير موجب القرض . ونقل مهنا : أن القرض صحيح ، ولعلَّ أحمد حكم بصحة القرض مع فساد الشرط ، كيلا يُفضى إلى جرِّ المنفعة بالقرض ، أو حكم بفساد الرهن في الألف الأوَّل وحده ، وصحَّحه فيما عداه ، ولو كان مكان القرض بيع ، فقال : يعني عبدك هذا بألف ، على أن أرهّنك عبدي به ، وبالألف الآخر الذي على ، فالبيع باطل ، رواية واحدة . لأنَّ الثمن مجهول ، فإنه جعل الثمن ألفاً ، ومنفعةً ، هي وثيقة بالألف الأول ، وتلك المنفعة مجهولة ، ولأنَّه شرط عقد الرهن بالألف الأوَّل ، فلم يصح ، كما لو أفردته ، أو كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره .

٣٣٢٢ (فصل) وإذا فسد الرهن ، وقبضه المرتهن ، لم يكن عليه ضمانه . لأنَّه قبضه بحكم أنه رهن ، وكلَّ عقد كان صحيحه غير مضمون ، أو مضموناً ، ففاسده كذلك . فإن كان مؤقَّتاً ، أو شرط أنه يصير للمرتهن بعد انقضاء مدته ، صار بعد ذلك مضموناً ، لأنَّه مقبوض بحكم بيع فاسد ، وحكم الفاسد من العقود حكم الصحيح في الضمان ، فإن كان أرضاً ، ففرسها قبل انقضاء الأجل ، فهو كفرس الفاسد . لأنَّه غرس بغير إذن ، وإن غرس بعد الأجل ، وكان قد شرط أن الرهن يصير له ، فقد غرس بإذن . لأنَّ البيع وإن كان فاسداً ، فقد تضمن الإذن في التصرف ، فيكون الراهن مخيراً بين ثلاثة أشياء : بين أن يقرَّ غرسه له ، وبين أخذه بقيمته ، وبين أن يجبره على قلبه ، ويضمن له ما نقص .

٣٣٢٣ «مسألة» قال ﴿ولا ينتفع المرتهن من الرهن بشيء ، إلاَّ ما كان سرکوباً ، أو محلوباً ، فيركب ، ويحلب ، بقدر العلف﴾

الكلام في هذه المسألة في حالين . أجدُّهما : ما لا يحتاج إلى مؤنة كالدار ، والمتاع ، ونحوه ، فلا يجوز

للمرتهن الانتفاع به ، بغير إذن الراهن بحال . لا نعلم في هذا خلافاً . لأن الرهن ملك الراهن ، فكذلك نفاؤه ، ومنافعه ، فليس لغيره أخذها ، بغير إذنه ، فإن أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بغير عوض ، وكان دين الرهن من قرض لم يجز . لأنه يحصل قرضاً يجز منعه ، وذلك حرام . قال أحمد : أكره قرض الدور ، وهو الربا المجهض ، يعنى : إذا كانت الدار رهناً في قرض ينتفع بها المرتهن ، وإن كان الرهن بشئ مبيع ، أو أجر دار أو دين غير القرض ، فأذن له الراهن في الانتفاع جاز ذلك ، روى ذلك عن الحسن ، وابن سيرين ، وبه قال إسحاق ، فأما إن كان الانتفاع بعوض مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها ، من غير محاباة ، جاز في القرض ، وغيره ، لكونه ما انتفع بالقرض ، بل بالإجارة ، وإن حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض ، لا يجوز ، في القرض ، ويجوز في غيره ومتى استأجرها المرتهن ، أو استعارها ، فظاهر كلام أحمد : أنها تخرج عن كونها رهناً ، فتقضى الإجارة ، أو العارية عاد الرهن بحاله . قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب : إذا كان الرهن داراً ، فقال المرتهن أسكنها بكرائها ، وهى وثيقة بحق ، يثقل فيصير ديناً ، ويتحول عن الرهن ، وكذلك إن أكرها للراهن ، قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا رهن داراً ، ثم أكرها لصاحبها ، خرجت من الرهن ، فإذا رجعت إليه صارت رهناً ، والأولى أنها لا تخرج عن الرهن إذا استأجرها المرتهن ، أو استعارها . لأن القبض مستدام ، ولا تنافي بين العقدين ، وكلام أحمد في رواية الحسن بن ثواب محمول على أنه أذن للراهن في سكناها ، كما في رواية ابن منصور ، لأنها خرجت عن يد المرتهن ، فزال اللزوم ، لزوال اليد ، بخلاف ما إذا سكنها المرتهن ، ومتى استعار المرتهن الرهن صار مضموناً عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه ، ومبنى ذلك على العارية ، فإنها عندنا مضمونة ، وعنده غير مضمونة .

٣٣٢٤ (فصل) فإن شرط في الرهن أن ينتفع به المرتهن ، فالشرط فاسد . لأنه يُنافى مقتضى الرهن ، وعن أحمد : أنه يجوز في المبيع ، قال القاضي : معناه أن يقول : بعثتك هذا الثوب بدينار بشرط أن ترهنني عبدك بخدمي شهراً ، فيكون بيعاً ، وإجارة ، فهو صحيح ، وإن أطلق ، فالشرط باطل لجهالة ثمنه ، وقال مالك : لا بأس أن يشترط في البيع منفعة الرهن إلى أجل في الدور ، والأرضين ، وكرهه في الحيوان ، والنياب ، وكرهه في القرض . ولنا أنه شرط في الرهن ما يُنافيه ، فلم يصح ، كما لو شرطه في القرض .

٣٣٢٥ (فصل) الحال الثاني : ما يحتاج فيه إلى مؤنة ، فحكم المرتهن في الانتفاع به بعوض ، أو بغير عوض بإذن الراهن ، كالقسم الذي قبله ، وإن أذن له في الإنفاق ، والانتفاع بقدره ، جاز . (٣٧٢ - المنى - رابع)

لأنه نوعٌ معاوضة . وأما مع عدم الإذن ، فإنَّ الرهنَ ينقسمُ قسمين : محلوباً ، ومرْكوباً ، وغيرهما . فأما المحلوب ، والمركوب ، فللمرتهن أن يُنفقَ عليه ، ويركب ، ويحلب ، بقدر نفقته ، متحرّياً للعَدْلِ في ذلك . نصّ عليه أحدٌ في رواية محمد بن الحكم ، وأحمد بن القاسم ، واختاره الخِرَقِيّ ، وهو قول إسحاق ، وسواء أنفق مع تعدّد النفقة من الراهن ، لتقيته ، أو امتناعه من الإنفاق ، أو مع القدرة على أخذ النفقة ، من الراهن ، واستثنائه ، وعن أحدٍ روايةً أخرى : لا يُحتسبُ له بما أنفق ، وهو متطوعٌ بها ، ولا يَنْتَفِعُ من الرهن بشيء ، وهذا قولُ أبي حنيفة ، ومالك ، والشافعيّ ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ لَهُ غَنَمُهُ ، وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ » ولأنه ملكٌ غيره ، لم يأذن له في الانتفاع به ، ولا الإنفاق عليه ، فلم يكن له ذلك ، كغير الرهن .

ولنا ما رَوَى البخاريّ ، وأبو داود ، والترمذيّ ، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الظَّهْرُ يُرْكَبُ بِنَفَقَتِهِ ، إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرَبُ بِنَفَقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا ، وَكَلَى الَّذِي يَرْكَبُ ، وَيَشْرَبُ النَّفَقَةُ » ، فجعلَ مَنْفَعَتَهُ بنَفَقَتِهِ ، وهذا محلّ النزاع ، فإن قيل : المرادُ به أن الراهن يُنفقُ وينتفع ، قلنا : لا يصحّ ، لوجهين . أحدهما : أنه قد رُوِيَ في بعض الألفاظ : إذا كانت الدابة مَرْهُونَةً ، فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدَرِّ يُشْرَبُ ، وعلى الذي يشرب وَيَرْكَبُ نَفَقَتُهُ ، فجعلَ المنفقَ المرتهنَ ، فيسكونُ هو المنتفع . والثاني : أن قوله بنَفَقَتِهِ ، يُشيرُ إلى أن الانتفاع عَوَضُ النَفَقَةِ ، وإلّا ذلك حقّ المرتهن ، أما الراهنُ فإنما فُتِنَ ، وانتفعهُ لا بطريق المعاوضة لأحدهما بالآخر ، ولأنّ نفقة الحيوان واجبةٌ ، والمرتهن فيه حقٌّ وقد أمكنه استيفاء حَقِّه من ثَماء الرهن ، والنيابة عن المالك فيما وجب عليه ، واستيفاء ذلك من منافعه ، فجاز ذلك ، كما يجوز للمرأة أخذَ مؤنتها من مالِ زوجها عند امتناعه ، بغير إذنه ، والنيابة عنه في الإنفاق عليها ، والحديثُ نقول : والذاء للراهن ، ولكن للمرتهن ولايةٌ صَرَفُهَا إلى نفقته ، لثبوت يده عليه ، وولايته ، وهذا فيمن أنفق مُحْتَسِبًا بالرجوع ، فأما إن أنفق مُتَبَرِّعًا بغير نيّة الرجوع ، لم يفتنع به ، رواية واحدة .

٣٣٣٦ (فصل) وأما غير المحلوب ، والمركوب ، فيتنوع نوعين : حيوان ، وغيره ، فأما الحيوان ، كالعبد ، والأمة ، ونحوهما ، فهل للمرتهن أن يُنفقَ عليه ، ويستخدمه بقدر نفقته ؟ ظاهرُ المذهب أنه لا يجوز ، ذكره الخِرَقِيّ ، ونصّ عليه أحدٌ في رواية الأثرم ، قال : سمعتُ أبا عبد الله يُسألُ عن الرجل يرهّنُ العبدَ ، فيستخدمه ، فقال : الرهنُ لا يُنتَفَعُ منه بشيء ، إلا حديثُ أبي هريرة خاصةً في الذي يركبُ ، ويحلب ، ويَعْلِفُ . قات له : فإن كان الابنُ ، والمركوب ، أكثر ، قال : لا ، إلا بقدر . ونقل حنبلٌ ، عن أحمد : أن له استخدامَ العبد أيضاً ، وبه قال أبو ثور : إذا امتنع المالك من الإنفاق

عليه ، قال أبو بكر : خالف حنبل الجماعة ، والعمل على أنه لا ينتفع من الرهن بشيء ، إلا ما خصه الشرع . به ، فإن القياس يقتضى أن لا ينتفع بشيء منه ، تركناه في الركوب ، والمحلوب ، للأثر ، فقيما عداه يبقى على مقتضى القياس .

النوع الثانى : غير الحيوان ، كدار استهدمت ، فعمرها المرتين ، لم يرجع بشيء ، رواية واحدة . وليس له الانتفاع بها بقدر نفقته ، فإن عمارتها غير واجبة على الراهن ، فليس لغيره أن ينوب عنه فيما لا يلزمه ، فإن فعل كان متبرعا ، بخلاف الحيوان ، فإنه يجب على مالكة الإنفاق عليه ، لمحمته في نفسه .

٣٣٢٧ (فصل) فأما الحيوان إذا أنفق عليه متبرعا ، لم يرجع بشيء . لأنه تصدق به ، فلم يرجع بعوضه ، كما لو تصدق على مسكين . وإن نوى الرجوع على مالكة ، وكان ذلك بإذن المالك ، رجع عليه ، لأنه ناب عنه في الإنفاق بإذنه ، فكانت النفقة على المالك ، كما لو وكله في ذلك . وإن كان بغير إذنه ، فهل يرجع عليه ؟ يخرج على روايتين ، بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه ، لأنه ناب عنه فيما يلزمه ، وقال أبو الخطاب : إن قدر على استئذانه ، فلم يستأذنه ، فهو متبرع ، لا يرجع بشيء ، وإن عجز عن استئذانه ، فعلى روايتين ، وكذلك الحكم فيما إذا مات العبد المرهون فكفنه ، والأول أقيس في المذهب ، إذ لا يعتبر في قضاء الدين المعجز عن استئذان العريم .

٣٣٢٨ (فصل) وإذا انتفع المرتهن بالرهن ، باستخدام ، أو ركوب ، أو أبس ، أو استرضاع ، أو استغلال ، أو سكتى ، أو غيره ، حسب من دينه بقدر ذلك . قال أحمد : يوضع عن الراهن بقدر ذلك ! لأن المنافع ملك الراهن ، فإذا استوفاه فعليه قيمتها في ذمته ، للراهن ، فيقتاص القيمة وقدرها من الدين ، ويتساقطان .

٣٣٢٩ « مسألة » قال ﴿ وغلة الدار ، وخدمة العبد ، وسحل الشاة ، وغيرها ، وثمره الشجرة المرهونة من الرهن ﴾

أراد بغلة الدار : أجرها ، وكذلك خدمة العبد . ومجلة ذلك : أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهنا في يد من الرهن في يده ، كالأصل . وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين ، بيع مع الأصل ، سواء في ذلك المتصل ، كالسمن ، والتملح ، والمنفصل كالسنب ، والأجرة ، والولد ، والثمره ، والابن ، والصوف ، والشعر ، وبنحو هذا قال النخعي ، والشعبي . وقال الثوري ، وأصحاب الرأي في النماء : ينبع ، وفي السكسب : لا ينبع . لأن السكسب في حكم السكتابة ، والاستيلاد ، والتدبير ، فلا ينبع في الرهن ، كأعيان مال الراهن ، وقال مالك : ينبع الولد في الرهن خاصة دون سائر النماء ، لأن الولد

يَتَّبَعُ الْأَصْلَ فِي الْحَقُوقِ ، الثَّابِتَةِ ، كَوَلَدِ أُمِّ الْوَلَدِ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا يَدْخُلُ فِي الرِّهْنِ شَيْءٌ مِنَ النَّمَاءِ الْمُنْفَصِلِ ، وَلَا مِنَ الْكَسْبِ ، لِأَنَّهُ حَقٌّ تَعَلَّقَ بِالْأَصْلِ ، يُسْتَوْفَى مِنْ ثَمَنِهِ ، فَلَا يَسْرَى إِلَى غَيْرِهِ ، كَحَقِّ الْجَنَائِيَةِ ، قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَلَوْ رَهْنَهُ مَاشِيَةً ، مَخَاضًا ، فَتَمَجَّجَتْ ، فَالْتِقَاجُ خَارِجٌ مِنَ الرِّهْنِ ، وَخَالَفَهُ أَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَمَنْ حُجِّتَهُمْ أَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « الرِّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » وَالنَّمَاءُ غُنْمٌ ، فَيَكُونُ لِلرَّاهِنِ ، وَلِأَتِهَا عَيْنٌ مِنْ أَعْيَانِ مَلِكِ الرَّاهِنِ ، لَمْ يُعْقَدْ عَلَيْهَا عَقْدُ رِهْنٍ ، فَلَمْ تَكُنْ رَهْنًا ، كَسَائِرِ مَالِهِ ، وَلَنَا : أَنَّهُ حَكْمٌ يَثْبُتُ فِي الْعَيْنِ ، بِعَقْدِ الْمَالِكِ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ النَّمَاءُ ، وَالْمَظْفَعُ ، كَالْمَلِكِ بِالْبَيْعِ . وَغَيْرِهِ ، وَلِأَنَّ النَّمَاءَ نَمَاءً حَادِثٌ مِنْ عَيْنِ الرِّهْنِ ، فَيَدْخُلُ فِيهِ ، كَالْمُتَّصِلِ ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ مُسْتَقَرٌّ فِي الْأُمِّ ، ثَبَتَ بِرَضَى الْمَالِكِ ، فَيَسْرَى إِلَى الْوَلَدِ ، كَالْتَدْبِيرِ ، وَالِاسْتِيلَادِ .

وَلَنَا عَلَى مَالِكٍ : أَنَّهُ نَمَاءٌ حَادِثٌ مِنْ عَيْنِ الرِّهْنِ ، فَسْرَى إِلَيْهِ حَكْمُ الرِّهْنِ ، كَالْوَلَدِ ، وَعَلَى أَبِي حَنِيفَةَ : أَنَّهُ عَقْدٌ يَسْتَتْبِعُ النَّمَاءَ ، فَاسْتَتْبَعَ الْكَسْبُ ، كَالشِّرَاءِ ، فَأَمَّا الْحَدِيثُ فَنَقُولُ بِهِ ، وَأَنَّ غُنْمَهُ وَنَمَاءَهُ ، وَكَسْبُهُ لِلرَّاهِنِ ، لَكِنْ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الرِّهْنِ ، كَالْأَصْلِ ، فَإِنَّهُ لِلرَّاهِنِ ، وَالْحَقُّ مَتَعَلِّقٌ بِهِ . وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ ، وَبَيْنَ سَائِرِ مَالِ الرَّاهِنِ : أَنَّهُ تَبَعَ ، فَثَبَتَ لَهُ حَكْمُ أَصْلِهِ . وَأَمَّا حَقُّ الْجَنَائِيَةِ . فَإِنَّهُ ثَبَتَ بِغَيْرِ رَضَى الْمَالِكِ ، فَلَمْ يُعْقَدْ مَا ثَبَتَ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ جَزَاءُ عُدْوَانٍ ، فَاخْتَصَّ الْجَانِيَّ ، كَالْقَصَاصِ ، وَلِأَنَّ السَّرَابِيَةَ فِي الرِّهْنِ ، لَا تُفْضَى إِلَى اسْتِيفَاءِ أَكْثَرِ مِنْ دَيْنِهِ ، فَلَا يَكْثُرُ الْضَرَرُ فِيهِ .

٣٣٣٠ (فصل) وإذا ارتهن أرضاً ، أو داراً ، أو غيرهما ، تبعه في الرهن ما يتبع في البيع . فإن كان في الأرض شجرة فقال : رهنْتُكَ هذه الأرض بحقوقها ، أو ذكر ما يدل على أن الشجر في الرهن ، دخل فيه . وإن لم يذكر ذلك ، فهل يدخل الشجر في الرهن ؟ على وجهين ، بناء على دخوله في البيع . وإن رهنه شجرةً مُنْمَرَةً ، وفيه ثمرة ظاهرة ، لم تدخل في الرهن ، كما لا تدخل في البيع ، وإن لم تكن ظاهرة دخلت ، وقال الشافعي : لا تدخل الثمرة في الرهن بحالٍ ، وقال أبو حنيفة : تدخل بكل حالٍ ، لأن الرهن عنده لا يصح على الأصول دون الثمرة ، وقد قصد إلى عقد صحيح ، فقد دخل الثمرة ضرورة الصحة .

ولنا : أن الثمرة المؤبرة لا تدخل في البيع مع قوته ، وإزالته للملك البائع ، فالرهن مع ضعفه أولى . وعلى الشافعي : أنه عقد على الشجرة ، فاستتبع الثمرة غير المؤبرة ، كالبيع ، ويدخل في الرهن الصوف ، والابن ، الموجودان ، كما يدخل في البيع . وكذلك الحمل ، وسائر ما تباع في البيع . لأنه عقد ، وارد على العين ، فدخلت فيه هذه التوابيع ، كالبيع ، ولو كان الرهن داراً ، فخربت كانت أنقاضها رهنًا ،

لأنها من أجزائها ، وقد كانت مرهونة قبل خرابها . ولو رهنه أرضاً ، فنبت فيها شجرة ، فهو من الرهن ، سواء نبت بفعل الراهن ، أو بفعل غيره ، لأنه من نمائها .

٣٣٣١ (فصل) وليس للراهن الانتفاع بالرهن ، باستخدام ، ولا وطاء ، ولا سُكْنَى ، ولا غير ذلك ، ولا يملك التصرف فيه ، بإجارة ، ولا إعارية ، ولا غيرهما ، بغير رضى المرتهن ، وبهذا قال الثوري ، وأصحاب الرأي ، وقال مالك ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وابن المنذر : للراهن إجارته ، وإعارته مدة لا يتأخر انقضاؤها عن حلول الدين ، وهل له أن يسكن بنفسه ؟ على اختلاف بينهم فيه ، وإن كان الرهن عبداً ، فله استيفاء منافعه بغيره ، وهل له ذلك بنفسه ؟ على الخلاف ، وليس له إجارة الثوب ، ولما ينقص بالانتفاع ، وبثبوته على أن المنافع للراهن ، لا تدخل في الرهن ، ولا يعلّق بها حقه . وقد سبق الكلام في هذا . ولأنها عين محبوسة ، فلم يكن المالك الانتفاع بها ، كالمبيع المحبوس عند البائع على استيفاء ثمنه . أو نقول : نوع انتفاع ، فلا يملكه الراهن ، كالذي ينقص قيمة الرهن .

إذا ثبت هذا : فإن المتراهنين إذا لم يتفقا على الانتفاع بها ، لم يجوز الانتفاع بها ، وكانت منافعتها معطلة . فإن كانت داراً أغلقت ، وإن كان عبداً أو غيره تمطت منافعته حتى يفك الرهن ، وإن اتفقا على إجارة الرهن ، أو إعارته ، جاز ذلك ، هذا ظاهر كلام الحرق ، لأنه جعل غلة الدار ، وخدمة العبد رهنًا ، ولو عطلت منافعها لم يكن لها غلة ، وقال ابن أبي موسى : إن أذن الراهن للمرتهن في إعارته ، أو إجارته ، جاز ، والأجرة رهن ، وإن أجره الراهن بإذن المرتهن ، خرج من الرهن في أحدهما الوجهين ، والآخر لا يخرج ، كالو أجره المرتهن ، وقال أبو الخطاب في الأشاعير يؤجره الحاكم لها ، وذكر أبو بكر في الخلاف . أن منافع الرهن تعطّل مطلقاً ، ولا يؤجرانه^(١) ، وهذا قول الثوري وأصحاب الرأي . وقالوا : إذا أجر الراهن الرهن بإذن المرتهن ، كان إخراجاً من الرهن ، لأن الرهن يقتضي حبسه عند المرتهن ، أو نائبه ، على الدوام ، فتمى وجد عقد يستحق به زوال الحبس ، زال الرهن .

ولنا : أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين ، واستيفاءه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن . وهذا لا ينافي الانتفاع به ، ولا إجارته ، ولا إعارته ، فجاز اجتماعهما ، كانتفاع المرتهن به ، ولأن تعطيل منفعته تضيق للمال ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال ، ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقة ، فلم يمنع إيجارها كالعبد إذا صمّن بإذن سيده ، ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس ، وإنما مقتضاه تعلق الحق به ، على وجه تحصل به الوثيقة ، وذلك غير منافٍ للانتفاع به . ولو سلمنا أن مقتضاه الحبس ، فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عنه ، في إمساكه ، وحبسه ، ومستوفياً لمنفعته لنفسه .

٣٣٣٢ (فصل) ولا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ، ودفع الفساد عنه ، ومداواته ، إن احتاج

(١) كانت في الأصل (ولا يؤجره) وهي خطأ من جهة النحو فأصلحناها .

إليها ، فإذا كان الرهن ماشية ، فاحتاجت إلى إطراق الفحل ، فللراهن ذلك ، لأن فيه مصلحة للراهن ، وزيادته ، وذلك زيادة في حق المرتهن ، من غير ضرر ، وإن كانت فحولا لم يكن للراهن إطراقها بغير رضى المرتهن ، لأنه انتفاع لا مصلحة للراهن فيه فهو كالأستخدام ، إلا أن يصير إلى حال يتضرر بترك الإطراق ، فيجوز . لأنه كالمداواة له .

٣٣٣٣ « مسألة » قال : ومؤنة الرهن على الراهن . فإن كان عبداً فمات فعليه كفنه ، وإن كان مما يخزن فعليه كراء مخزنه .

وجملته : أن مؤنة الرهن من طعامه ، وكسوته ، ومسكنه ، وحافظه ، وحِرْزِه ، وتخزينه ، وغير ذلك على الراهن . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، والعنبري ، وإسحاق ، وقال أبو حنيفة : أجر المسكن ، والحافظ ، على المرتهن . لأنه من مؤنة إمساكه ، وارتبانه .

والنبا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « الرهن من رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَائِيهِ غُرْمُهُ » ولأنه نوع إنفاق ، فكان على الراهن ، كالطعام ، ولأن الرهن ملك للراهن ، فكان عليه مسكنه ، وحافظه ، كغير الرهن ، وإن أبقى العبد فأجرة من يرده على الراهن ، وقال أبو حنيفة : يكون بقدر الأمانة على الراهن ، وبقدر الضمان على المرتهن ، وإن احتيج إلى مداواته لمرض ، أو جرح ، فذلك على الراهن . وعند أبي حنيفة : هو كأجر من يرده من إباقه ، وبني ذلك على أصله في أن يد المرتهن يد ضمان بقدر دينه فيه ، وما زاد فهو أمانة عنده ، والكلام على ذلك في غير هذا الموضع ، وإن مات العبد كانت مؤنته ، كتجهيزه ، وتكفينه ، ودفنه ، عليه ، كإثر العبيد ، والإماء ، والأقارب من الأحرار .

٣٣٣٤ (فصل) وإن كان الرهن ثمرة ، فاحتاجت إلى سقي وتسوية ، وجذاذ ، فذلك على الراهن ، وإن احتاجت إلى تجفيف ، والحق مؤجلاً ، فعليه التجفيف ، لأنه يحتاج أن يستبقها رهناً ، حتى يحل الحق ، وإن كان حالاً بيعت ، ولم يحتاج إلى تجفيفها ، وإن اتفقا على بيعها ، وجعل ثمنها رهناً بالحق المؤجل ، جاز ، وإن اختلفا في ذلك قدم قول من يستبقها ببيعها . لأن العقد يقتضى ذلك ، إلا أن يكون مما تقل قيمته بالتجفيف ، وقد جرت العادة ببيعة رطباً ، فإنه يباع ، ويجعل ثمنه مكانه . وإن اتفقا على قطع الثمرة في وقت ، فلهما ذلك ، سواء كان الحق حالاً ، أو مؤجلاً ، وسواء كان الأصلح القطع ، أو الترك لأن الحق لا يخرج عنهما ، وإن اختلفا ، قدمنا قول من طلب الأصلح ، إن كان ذلك قبل حلول الحق . وإن كان الحق حالاً قدم قول من طالب القطع . لأنه إن كان المرتهن ، فهو طالب لاسقياء حقه الحال ، فلزم إجابته ، وإن كان الراهن ، فهو يطلب تبرئة ذمته ، وتخليص عينه من ملكه من الرهن ، والقطع أحوط من جهة أن في تبقيته غرراً ، ذكر القاضى هذا في المغنيس ، وهو قول أكثر

أصحاب الشافعي ، وهذا في معناه ، ويحتمل أن يُنظر في الثمرة . فإن كانت تنقص بالقطع نقصاً كثيراً ، لم يُجبر الممتنع من قطعها عليه . لأن ذلك إلتلاف ، فلا يُجبر عليه ، كما لا يُجبر على نقص داره ، لبيع أنقاضها ، ولا على ذبح فرسه لبيع لحمها ، وإن كانت الثمرة مما لا يُنتفع بها قبل كمالها ، لم يجز قطعها قبله ، ولم يُجبر عليه بحال .

٣٣٣٥ (فصل) وإن كان الرهن ماشيةً تحتاج إلى إطراق الفحل ، لم يُجبر الرهن عليه . لأنه ليس عليه ما يتضمن زيادةً في الرهن ، وليس ذلك مما يحتاج إليه لبقائها . ولا يمنع من ذلك ، لكونها زيادةً لها ، لا ضرر على المرتهن فيه ، وإن احتاجت إلى رعي ، فعلى الراهن أن يقيم لها راعياً . لأن ذلك يجري مجرى علفها ، وإن أراد الراهن السفر بها ليرعاها في مكان آخر ، وكان لها في مكانها مرتعى تماسك به ، فلامرتهن منعه من ذلك ، لأن في السفر بها إخراجها عن نظره ، ويده ، وإن أجذب مكانها ، فلم يجد ما تماسك به ، فللراهن السفر بها . لأنه موضع ضرورة ، لأنها تهلك إذا لم يسافر بها ، إلا أنها تكون في يد عدل يرضيان به ، أو ينصبه الحاكم ، ولا يفرد الراهن بها ، فإن امتنع الراهن من السفر بها ، فلامرتهن نقلها . لأن في بقائها هلاكها ، وضياح حقه من الراهن . فإن أرادا جميعاً السفر بها ، واختلفا في مكانها ، قدّمنا قول من يمين الأصلح . فإن استويا ، قدّمنا قول المرتهن ، وقال الشافعي : يقدم قول الراهن ، وإن كان الأصلح غيره . لأنه أملك بها ، إلا أن يكون مأواها إلى يد عدل .

ولنا : أن اليد المرتهن ، فكان أولى ، كما لو كانا في بلد واحد ، وأيهما أراد نقلها عن البلد مع خصبه ، لم يكن له ، سواء أراد نقلها إلى مثله ، أو أخصب منه ، إذ لا معنى للمسافرة بالرهن ، مع إمكان ترك السفريه ، وإن اتفقا على نقلها ، جاز أيضاً ، سواء كان أفع لها ، أو لا . لأن الحق لها ، لا يخرج عنها .

٣٣٣٦ (فصل) وإن كان عبداً يحتاج إلى ختان ، والدين حال ، أو أجله قبل برئه ، مُنِع منه . لأنه ينقص ثمنه ، وفيه ضرر ، وإن كان يبرأ قبل محل الحق ، والزمان معتدل لا يخاف عليه فيه ، فله ذلك . لأنه من الواجبات ، ويزيد به الثمن ، ولا يضر المرتهن ، ومؤنته على الراهن . فإن مرض ، فاحتاج إلى دواء ، لم يُجبر الراهن عليه ، لأنه لا يتحقق أنه سبب لبقائه ، وقد يبرأ بغير علاج ، بخلاف النفقة ، وإن أراد الراهن مداواته بما لا ضرر فيه لم يُمنع منه . لأنه مصلحة لها من غير ضرر بواحد منهما . وإن كان الدواء مما يخاف غائلته ، كالشموم ، فلامرتهن منعه منه . لأنه لا يأمن تلفه . وإن احتاج إلى قصدير ، أو احتاجت الدابة إلى توديج ، ومعناه فتح الودجين حتى يسيل الدم ، وهما عرفان عريضان غليظان

من جَانِبِي مُتَعَرِّقِ النَّخْرِ ، أَوْ تَبْزِيغٍ وَهُوَ فَتْحُ الرَّهْصَةِ ، فَلِلرَّاهِنِ فِعْلُ ذَلِكَ ، مَا لَمْ يُخَفِ مِنْهُ ضَرَرًا ، وَإِنْ احتِيجَ إِلَى قِطْعِ شَيْءٍ مِنْ بَدَنِهِ بِدَوَامٍ لَا يُخَافُ مِنْهُ ، جَازٌ ، وَإِنْ خِيفَ مِنْهُ ، فَأَيُّهُمَا امْتَنَعَ مِنْهُ ، لَمْ يُجْبَرْ ، وَإِنْ كَانَتْ بِهِ آكِلَةٌ ، كَانَ لَهُ قِطْعُهَا . لِأَنَّهُ يُخَافُ مِنْ تَرْكِهَا لَا مِنْ قِطْعِهَا . لِأَنَّهُ لَا يَحْسِبُ بِلَحْمِهِ مَيِّتًا ، وَإِنْ كَانَتْ بِهِ خَبِيثَةٌ ، فَقَالَ أَهْلُ الْخُبْرَةِ الْأَحْوِطُ قِطْعُهَا ، وَهُوَ أَنْفَعُ مِنْ بَقَائِهَا ، فَلِلرَّاهِنِ ذَلِكَ ، وَإِلَّا فَلَيْسَ لَهُ فِعْلُهُ ، وَإِنْ تَسَاوَى الْخَوْفُ عَلَيْهِ فِي الْحَالَيْنِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قِطْعُهَا . لِأَنَّهُ يُحْدِثُ جِرْحًا فِيهِ ، لَمْ يَتَرَجَّحْ إِحْدَاهُمَا ، وَإِنْ كَانَتْ بِهِ سِلْعَةٌ ، أَوْ أَصْبُحُ زَائِدَةٌ ، لَمْ يَمْلِكِ الرَّاهِنُ قِطْعُهَا . لِأَنَّ قِطْعَهَا يُخَافُ مِنْهُ ، وَتَرْكُهَا لَا يُخَافُ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَتْ لِلْمَاشِيَةِ جَرَبَةً ، فَأَرَادَ الرَّاهِنُ دَهْنَهَا بِمَا يُرْجَى نَفْعُهُ ، وَلَا يُخَافُ ضَرَرَهُ ، كَالْقَطْرَانِ ، وَالزَّبْتِ الْبَسِيرِ ، لَمْ يُمْنَعِ . وَإِنْ خِيفَ ضَرَرُهُ ، كَالسَّكْتِيرِ ، فَلِلْمُرْتَهِنِ مَنَعُهُ ، وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِ الْمُرْتَهِنِ . لِأَنَّ لَهُ مُعَالَجَةً مِلْكِهِ ، وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، وَلَوْ أَرَادَ الْمُرْتَهِنُ مُدَاوَاتِهَا بِمَا يَنْفَعُهَا ، وَلَا يُخْشَى ضَرَرُهُ لَمْ يُمْنَعِ . لِأَنَّهُ فِيهِ إِصْلَاحٌ حَقُّهُ بِمَا لَا يَضُرُّ بَغِيرَهُ ، وَإِنْ خِيفَ مِنْهُ الضَّرَرُ ، لَمْ يَكُنْ عَنْهُ . لِأَنَّ فِيهِ خَطَرًا بِحَقِّ غَيْرِهِ .

٣٣٣٧ (فصل) فَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ نَخْلًا ، فَاحتِجَ إِلَى تَأْيِيدٍ ، فَهُوَ عَلَى الرَّاهِنِ ، وَلَيْسَ لِلْمُرْتَهِنِ مَنَعُهُ . لِأَنَّ فِيهِ مَصْلَحَةٌ بِغَيْرِ مَضَرَّةٍ . وَمَا يَسْقُطُ مِنْ لَيْفٍ . أَوْ سَعْفٍ ، أَوْ عَرَاجِينَ ، فَهُوَ مِنَ الرَّهْنِ . لِأَنَّهُ مِنْ أَجْزَائِهِ ، أَوْ مِنْ نَمَائِهِ ، وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ مِنَ الرَّهْنِ ، بِنَاءٌ مِنْهُمْ عَلَى أَنَّ النَّمَاءَ لَيْسَ مِنْهُ ، وَلَا يَصِحُّ ذَلِكَ هَهُنَا . لِأَنَّ السَّعْفَ مِنْ جُمْلَةِ الْأَعْيَانِ الَّتِي وَرَدَ عَلَيْهَا عَقْدُ الرَّهْنِ . فَكَانَتْ مِنْهُ كَالْأَصُولِ ، وَأَنْقَاضُ الدَّارِ ، وَإِنْ كَانَ الرَّهْنُ ، كَرُمًا ، فَلَهُ زِبَارُهُ . لِأَنَّهُ لِمَصْلَحَتِهِ ، وَلَا ضَرَرَ فِيهِ ، وَالزَّرَجُونُ مِنَ الرَّهْنِ ، وَلَوْ كَانَ الشَّجَرُ مُزْدَحِمًا ، وَفِي قِطْعِ بَعْضِهِ صِلَاحٌ لِمَا يَبْقَى فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَرَادَ تَحْوِيلَهُ كَلَّةً ، لَمْ يَمْلِكِ ذَلِكَ ، وَإِنْ قِيلَ : هُوَ الْأَوَّلَى . لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَمْلِكُ ، فَيَفُوتُ الرَّهْنُ ، وَإِنْ امْتَنَعَ الرَّاهِنُ مِنْ فِعْلِ هَذَا كَلَّةً ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ فِعْلُ مَا فِيهِ زِيَادَةُ الرَّهْنِ .

٣٣٣٨ (فصل) وَكُلُّ زِيَادَةٍ تَلْزِمُ الرَّاهِنَ إِذَا امْتَنَعَ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أَكْثَرَى لَهُ الْحَاكِمُ مِنْ مَالِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ أَكْثَرَى مِنَ الرَّهْنِ ، فَإِنْ بَذَلَهَا الْمُرْتَهِنُ مُتَطَوِّعًا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ . وَإِنْ أَنْفَقَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، أَوْ إِذْنِ الْحَاكِمِ عِنْدَ تَعَذُّرِ إِذْنِ الرَّاهِنِ مُحْتَسِبًا ، رَجَعَ بِهِ . وَإِنْ تَعَذَّرَ إِذْنُهُمَا . أَشْهَدَ عَلَى أَنَّهُ أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ بِالنَّفَقَةِ ، وَلَهُ الرَّجُوعُ بِهَا . وَإِنْ أَنْفَقَ مِنْ غَيْرِ اسْتِثْنَانِ الْحَاكِمِ ، مَعَ إِمْكَانِهِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ إِشْهَادٍ بِالرَّجُوعِ عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِثْنَانِهِ ، لِيَرْجِعَ بِهِ ، فَهَلْ يَرْجِعُ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ . وَإِنْ أَنْفَقَ بِإِذْنِ الرَّاهِنِ ، لَيْسَ كَوْنُ الرَّهْنِ رَهْنًا بِالنَّفَقَةِ ، وَالْدَيْنُ الْأَوَّلُ لَمْ يَصَحِّ ، وَلَمْ يَصِرْ رَهْنًا بِالنَّفَقَةِ ، لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ قَالَ الرَّاهِنُ : أَنْفَقْتُ مُتَبَرِّعًا ، وَقَالَ الْمُرْتَهِنُ : بَلْ أَنْفَقْتُ مُحْتَسِبًا بِالرَّجُوعِ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُرْتَهِنِ .

لأنّ الخلاف في نيّته ، وهو أعلمُ بها ، ولا اطلاعَ لغيره من الناس عليها ، وعليه الميّن ، لأنّ ما قاله الراهنُ محتملٌ . وكلُّ مؤنةٍ لا تلزمُ الراهنَ ، كنفقة المداواة ، والتأخير ، وأشباهاها . لا يرجعُ بها المرتهنُ إذا أنفقها ، سواء أنفقها محتسباً ، أو متبرّعاً .

٣٣٣٩ « مسألة » قال ﴿ والرهن إذا تلف بغير جنابة من المرتهن ، رجع المرتهنُ بحقه عند محله ، وكانت المصيبةُ فيه من راهنه ، وإن كان بتعدّي المرتهن ، أو لم يُحرزه ضمن ﴾ .

أما إذا تعدّى المرتهنُ في الرهن ، أو فرط في الحفظ للرهن الذي عنده ، حتى تلف ؛ فإنه يضمن ، لانعلم في وجوب الضمان عليه خلافاً . ولأنّه أمانةٌ في يده ، فلزمه ضمانه إذا تلف بتعدّيه ، أو تفريطه ، كالوديعة ، وأما إن تلف من غير تعدّي منه ، ولا تفريط . فلا ضمانَ عليه ، وهو من مالِ الراهن . يُروى ذلك عن عليّ رضي الله عنه ، وبه قال عطاء ، والزهرى ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبو ثور ، وابن المنذر . ويُروى عن شريح ، والنخعي ، والحسن : أن الرهن يضمنُ بجميع الدين ، وإن كان أكثرَ من قيمته ، لأنّه روى عن النبيّ صلى الله عليه وسلم أنه قال « الرهنُ بما فيه » وقال مالك : إن كان تلفه بأمرٍ ظاهرٍ ، كالنار ، والحريق ، فمن ضمانِ الراهن ، وإن ادّعى تلفه بأمرٍ خفي ، لم يقبل قوله وضمن . وقال الثوري ، وأصحاب الرأي : يضمنه المرتهن بأقلّ الأمرين من قيمته ، أو قدر الدين . ويُروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، واحتجوا بما روى عطاء : أن رجلاً رهنَ قرساً ، فنزق عند المرتهن ، فجاء إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال « ذهبَ حَقُّكَ » ولأنّها عينٌ مقبوضةٌ ، للاستيفاء ، فيضمنها من قبضها لذلك ، أو من قبضها نائبه ، كحقيقة المستوفى ، ولأنّه محبوسٌ بدين ، فكان مضموناً ، كالبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه .

ولنا : ما روى ابن أبي ذئب ، عن الزهرى ، عن سعيد بن المسيّب : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يفتقُ الرهنُ ، لصاحبه ، غنمه وعَلْيهِ غُرْمُهُ » رواه الأثرم عن أحمد بن عبد الله بن يونس ، عن ابن أبي ذئب ، ورواه الشافعي ، عن ابن أبي ذئب ، عن ابن أبي ذئب ، ولفظه « الرهنُ من صاحبه الذي رهنه » وباقيه سواء . قال : ووصله ابن المسيّب ، عن أبي هريرة ، عن النبيّ صلى الله عليه وسلم مثله ، أو مثل معناه ، من حديث أبي أنيسة . ولأنّه وثيقةٌ بالدين ، فلا يضمنُ ، كالزيادة على قدر الدين ، وكالكفيل ، والشاهد ، ولأنّه مقبوضٌ بعقدٍ واحدٍ بعضه أمانةٌ ، فكان جميعه أمانةً ، كالوديعة . وعند مالك : أن ما لا يضمنُ به العقارُ لا يضمنُ به الذهبُ ، كالوديعة . فأما حديثُ عطاء فهو مُرسَل ، وقول عطاء يُخالفه . قال الدارقطني : يرويه إسماعيلُ ابن أمية ، وكان كذاباً . وقيل : يرويه مُضعَبُ ابنُ ثابت ، وكان ضعيفاً ، ويحتملُ أنه أراد ذهبَ حَقِّكَ من الوثيقة ، بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين ، (٣٨٨ - المغني - رابع)

وقيمة الفرس . وحديث أنس إن صح . فيحتمل أنه محبوس بما فيه ، وأما المستوفي ، فإنه صار منسكاً المستوفي ، وله نماؤه ، وغنمه ، فكان عليه ضمانه وغنمه ، بخلاف الرهن ، والبيع قبل القبض ممنوع .

٣٣٤٠ (فصل) وإذا قضا جميع الحق ، أو أبراه من الدين ، بقي الرهن أمانة في يده ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : إذا قضا كان مضموناً ، وإذا أبراه ، أو وهبه ، لم يكن مضموناً ، استعساناً ، وهذا مناقضة لأن القبض المضمون منه ، لم يزل ، ولم يبرئه منه . وعندنا : أنه كان أمانة ، وبقي على ما كان عليه ، وليس عليه ردّه . لأنه أمسكه بإذن مالكة ، ولا يختص بنفعه ، فهو كالوديعة ، بخلاف العارية . فإنه يختص بنفعها ، وبخلاف ما لو أطارت الريح إلى داره ثوباً ، لزمه ردّه إلى مالكة ، لأن مالكة لم يأذن في إمساكه ، فأما إن سأل مالكة في هذه الحال ، دفعه إليه لزم من هو في يده من المرتين ، أو العذل دفعه إليه ، إذا أمسكته ، فإن لم يفعل صار ضامناً ، كالودع ، إذا امتنع من ردّ الوديعة عند طلبها . وإن كان امتناعه لعذر . مثل أن يكون بينه وبينه طريق مخيف ، أو باب مغلق ، لا يمكنه فتحه ، أو كان يخاف قوت جمعة ، أو جماعة ، أو فوت صلاة ، أو به مرض ، أو جوع شديد ، وما أشبهه ، فأخر التسليم لذلك ، فتلف ، فلا ضمان عليه . لأنه لا تفريط منه ، فأشبهه الودع .

٣٣٤١ (فصل) وإذا قبض المرتهن الرهن ، فوجده مستحقاً ، لزمه ردّه على مالكة ، والرهن باطل من أصله . فإن أمسكه مع علمه بالنصب حتى تلف في يده ، استقرّ عليه الضمان ، والمالك تضمن أيهما شاء . فإن ضمن المرتهن ، لم يرجع على أحدٍ لذلك ، وإن ضمن الراهن رجع عليه ، وإن لم يعلم بالنصب حتى تلف بتفريطه ، فالحكم كذلك . لأن الضمان يستقرّ عليه ، وإن تلف بغير تفريط ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يضمن ، ويستقرّ الضمان عليه . لأن مال غيره تلف تحت يده العارية فاستقرّ الضمان عليه ، كما لو علم .

والثاني : لا ضمان عليه . لأنه قبضه على أنه أمانة من غير علمه ، فلم يضمنه كالوديعة . فعلى هذا يرجع المالك على الفاسد ، لا غير .

والوجه الثالث : أن للمالك تضمن أيهما شاء ، ويستقرّ الضمان على الفاسد ، فإن ضمن الفاسد لم يرجع على أحدٍ ، وإن ضمن المرتهن رجع على الفاسد ، لأنه غرمه ، فرجع عليه ، كالمنفرد بحرية أمة .

٣٣٤٢ « مسألة » قال هو وإن اختلفا في القيمة ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ، وإن اختلفا في قدر الحق ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، إذا لم يكن لواحد منهما بما قال بيّنة .

يعنى : إذا اختلفا في قيمة الرهن إذا تلف في الحال التي يلزم المرتهن ضمائه ، وهى إذا تعدى ، أو لم يحرز ، فالقول قول المرتهن مع يمينه . لأنه غارم ، ولأنه منكر لوجوب الزيادة على ما أقر به ، والقول قول المنكر . وبهذا قال الشافعى ، ولا نعلم فيه مخالفاً . وإن اختلفا في قدر الحق ، نحو أن يقول الراهن : رهنك عبدى هذا بألف ، فقال المرتهن : بل بألفين . فالقول قول الراهن ، وبهذا قال النخعى ، والثورى ، والشافعى ، والبتى ، وأبو ثور ، وأصحاب رأى . وحكى عن الحسن ، وقتادة أن القول قول المرتهن ، ما لم يحاوز ثمن الرهن ، أو قيمته ، ونحوه قول مالك ، لأن الظاهر أن الرهن يكون بقدر الحق .

ولنا : أن الراهن منكر للزيادة التي يدعيها المرتهن ، والقول قول المنكر ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَوْ يُنْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى قَوْمٌ دِمَاءَ رَجَالٍ ، وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُذْعَى عَلَيْهِ » رواه مسلم . ولأن الأصل براءة الذمة من هذه الألف . فالقول قول من ينفيها ، كالمختلفا في أصل الدين ، وما ذكره من الظاهر غير مسلم . فإن العادة رهن الشيء بأقل من قيمته ، إذا ثبت هذا : فإن القول قول الراهن في قدر ما رهنه به . سواء اتفقا على أنه رهنه بجميع الدين أو اختلفا ، فلو اتفقا على أن الدين ألفان ، وقال الراهن : إنما رهنك بأحد الألفين ، وقال المرتهن : بل رهنك بهما ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، لأنه منكر لتعلق حق المرتهن في أحد الألفين بعبده ، والقول قول المنكر ، وإن اتفقا على أنه رهن بأحد الألفين ، وقال الراهن : هو رهن بالمؤجل ، وقال المرتهن : بل بالحال ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، لأنه منكر ، ولأن القول قوله في أصل الرهن ، فكذلك في صفته ، وهذا إذا لم يكن بيّنة ، فإن كان لأحدهما بيّنة ، حكم بها بغير خلاف في جميع هذه المسائل .

٣٣٤٣ (فصل) وإن اختلفا في قدر الرهن ، فقال : رهنك هذا المبد . قال : بل هو والعبد الآخر . فالقول قول الراهن . لأنه منكر ، ولا نعلم في هذا خلافاً . وإن قال : رهنك هذا العبد . فقال : بل هذه الجارية ، خرج العبد من الرهن ، لاعتراف المرتهن بأنه لم يرهنه ، وحالف الراهن على أنه ما رهنه الجارية . وخرجت من الرهن أيضاً . وإن اختلفا في ردّ الرهن إلى الراهن ، فالقول قوله أيضاً ، لأنه منكر ، والأصل معه . وكذلك الحكم في المستأجر ، إذا ادعى ردّ العين المستأجرة ، وقال أبو الخطاب : يتخرج فيهما وجه آخر : أن القول قول المرتهن ، والمستأجر في الرد ، بناءً على المضارب ، والوكيل بمعمل إذا ادعى الرد . فإن فيهما وجهين ، والفرق بينهما وبين المرتهن ، أن المرتهن قبض العين لينتفع بها ، وكذلك المستأجر ، والوكيل ، قبض العين لينتفع بالجميل ، لا بالعين ، والمضارب قبضها لينتفع بربحها ،

لا يها ، وإن اختلفا في تلف العين ، فالقول قول المرتهن مع يمينه ، لأن يده يد أمانة . ويعتذر عليه إقامة البينة على التلف . فقبل قوله فيه كالمودع .

٣٣٤٤ (فصل) فإن قال : بعثك هذا الثوب على أن ترهنني بضمنه عبدك هذين ، فقال : بل على أن أرهنك هذا وحده ، ففيها روايتان ، حكاهما القاضي :

إحداها : يتحالفان . لأنه اختلاف في البيع ، فهو كالاختلاف في الثمن .
والثانية : القول قول الراهن . لأنه منسكِر لشرط رهن العبد الذي اختلفا فيه ، والقول قول المنسكِر ، وهذا أصح .

٣٣٤٥ (فصل) وإن قال : أرسلت وكيلك ، فرهني عبدك على عشرين قبضها . فقال : ما أمرته برهنه إلا بعشرة ، ولا قبضت إلا عشرة . سئل الرسول : فإن صدق الراهن فعله اليمين : أنه ما رهنه إلا بعشرة ، ولا قبض إلا عشرة . ولا يمين على الراهن . لأن الدعوى على غيره ، فإذا حلف الوكيل برئنا جميعاً ، وإن نكَلَ . فعله العشرة المختلَف فيها . ولا يرجع بها على أحدٍ لأنه يصدق الراهن في أنه ما أخذها ، ولا أمره بأخذها ، وإنما المرتهن ظلمه ، وإن صدق الوكيل المرتهن ، وادعى أنه سلم العشرين إلى الراهن . فالقول قول الراهن مع يمينه ، فإن نكَلَ فُضِيَ عليه بالعشرة ، ويدفع إلى المرتهن ، وإن حلف ، برى . وعلى الرسول غرامة العشرة المرتهن ، لأنه يزعم أنها حق له ، وإنما الراهن ظلمه ، وإن عديم الرسول ، أو تعذر إحلافه ، فعلى الراهن اليمين : أنه ما أذن في رهنه إلا بعشرة ، ولا قبض أكثر منها . ويبقى الرهن بالعشرة الأخرى .

٣٣٤٦ (فصل) إذا كان على رجل ألفان ، أحدهما برهن والآخر بغير رهن ، فقضى ألفاً ، وقال : قضيت دين الرهن ، وقال المرتهن : بل قضيت الدين الآخر . فالقول قول الراهن مع يمينه ، سواء اختلفا في نية الراهن بذلك أو في آفته . لأنه أعلم بنية ، وصيغة دفعه ، ولأنه يقول : إن الدين الباقي بلا رهن ، والقول قوله في أصل الرهن ، فكذلك في صفته . وإن أطلق القضاء ، ولم ينو شيئاً ، فقال أبو بكر : له صرفها إلى أيهما شاء ، كما لو كان له مال حاضر ، وغائب ، فأدى قدر زكاة أحدهما ، كان له أن يمين عن أي المالين شاء . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال بعضهم : يقع الدفع عن الدينين معاً عن كل واحد منهما نصفه ، لأنهما تساويا في القضاء ، فتسايا في وقوعه عنهما ، فأما إن أبرأ المرتهن من أحد الدينين ، واختلفا ، فالقول قول المرتهن ، على التفصيل الذي ذكرناه في الراهن ، ذكره أبو بكر .

٣٣٤٧ (فصل) وإذا اتفق المتراهنان على قبض العدل للرهن ، لزم الرهن في حقهما ، ولم يضر إنكاره . لأن الحق لهما ، وإن قال أحدهما : قبضه العدل ، فأنكر الآخر فالقول قول المنسكِر ، كما

لو اختلفا في قبض المرتهن له ، ولو شهد العدل بالقبض لم تقبل شهادته لأنها شهادة الوكيل لموكله .
 ٣٣٤٨ (فصل) إذا كان في يد رجل عبد . فقال : رهنتي عبدك هذا بألف . فقال : بل غصبته ،
 أو استعرتة . فالقول قول السيد ، سواء اعترف بالدين ، أو جحدته لأن الأصل عدم الرهن ، وإن قال
 السيد : بعثتك عبدي هذا بألف . فقال : بل رهنته عنسدي بها ، فالقول قول كل واحد منهما في العقد
 الذي ينكره ، وبأخذ السيد عبده ، وهكذا لو قال : رهنتك بألف أقرضتني . فقال : بل بعثته
 بألف قبضته متى ثمتا ، فكذلك ، ويرد صاحب العبد الألف ، وبأخذ عبده .

٣٣٤٩ (فصل) وإذا ادعى على رجلين ، فقال : رهنتاني عبدكما بدين عليكما ، فأنكرهما . فالقول
 قولهما ، إن شهد كل واحد منهما على صاحبه ، قبلت شهادته ، إذا كان عدلاً ، وللمرتهن أن يخلف مع
 كل واحد منهما ، ويصير جميعه رهناً ، أو يخلف مع أحدهما ، ويصير نصيب الآخر رهناً ، وإن أقر
 أحدهما ثبت في حقه وحده ، وإن شهد المقر على للنكير ، قبلت شهادته إن كان عدلاً . لأنه لا يجلب
 لنفسه نفعاً ، ولا يدفع عنها ضرراً . وبهذا قال أصحاب الشافعي ، وقال بمضهم : إذا أنكر جميعاً ، ففي
 شهادتهما نظراً ، لأن المشهود له يدعى أن كل واحد منهما ظالم له بحجوده حقه من الرهن ، فإذا طعن
 المشهود له في شهوده ، لم تقبل شهادتهم له ، قلنا لا يصح هذا ، فإن إنكار الدعوى لا يثبت به فسق
 المدعى عليه ، وإن كان الحق عليه ، لجواز أن ينسى ، أو تلحقه شبهة فيما يدعيه ، أو ينكره ، وكذلك
 لو تدعى رجلان شيئاً ، وتخاصما فيه ، ثم شهدا عند الحاكم بشيء ، لم ترده شهادتهما ، وإن كان أحدهما
 كاذباً في مخالفته لصاحبه ، ولو ثبت الفسق بذلك لم يجز قبول شهادتهما جميعاً ، مع تحقق الجرح في أحدهما .
 ٣٣٥٠ (فصل) وإذا رهن عينا عند رجلين ، فنصفها رهن عند كل واحد منهما بدينه ، ومتى
 وفي أحدهما خرجت حصته من الرهن ، لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة عقدين ، فكأنه رهن كل
 واحد منهما النصف مفرداً ، فإن أراد مقاسمة المرتهن ، وأخذ نصيب من وفاءه ، وكان الرهن ثمتاً لا تنقصه
 القسمة كالسكيل ، والموزون لزم ذلك ، وإن كان مما تنقصه القسمة لم تجب قسمته ، لأن على المرتهن
 ضرراً في قسمته ، ويقر في يد المرتهن ، نصفه رهن ، ونصفه ودعة ، وإن رهن اثنان عبدهما عند رجل ،
 فوفاه أحدهما ، انفك الرهن في نصيبه . وقد قال أحد في رواية مهنا ، في رجلين رهناً داراً لهما عند رجل
 على ألف ، فقضاء أحدهما ، ولم يقض الآخر : فالدار رهن على ما بقي ، وقال أبو الخطاب في رجل
 رهن عبده عند رجلين فوفى أحدهما : فجميعه رهن عند الآخر حتى يوفيه ، وهذا من كلام أحمد ،
 وأبي الخطاب ، محمول على أنه ليس للراهن مقاسمة المرتهن ، لما عليه من الضرر ، لا بمعنى أن العين كلتا
 تكون رهناً ، إذ لا يجوز أن يقال : إنه رهن نصف العبد عند رجل ، فصار جميعه رهناً ، ولو رهن

اثنان عبداً لهما عند اثنين بألف، فهذه أربعة عقود، ويصير كل ربيع من العبد رهناً بمائتين وخمسين، فتنقضي قضاها؟ مَنْ هِيَ عَلَيْهِ، انفلت من الرهن ذلك القدر، قاله القاضى، وهو الصحيح.

٣٣٥١ (فصل) ولو ادعى رجلان على رجل: أنه رهنهما عبده، وقال: كل واحد منهما رهنه عندى دون صاحبي، فأنكرهما جميعاً. فالقول قوله مع يمينه، وإن أنكر أحدهما، وصدق الآخر، سلم إلى من صدقه، وحلف الآخر، وإن قال: لا أعلم عين المرتهن منهما، حلف على ذلك، فالقول قول مَنْ هو في يده منهما، مع يمينه. وإن كان في أيديهما، حلف كل واحد منهما على نصفه، وصار رهنًا عنه، وإن كان في يد غيرهما، أقرع بينهما، فن قرع صاحبه، حلف، وأخذه، كالو ادعى مئسكه، ولو قال: رهنه عند أحدهما، ثم رهنه للآخر، ولا أعلم السابق منهما، فكذلك، وإن قال: هذا هو السابق بالعقد، والقبض، سلم إليه، وحلف للآخر، وإن نكّل، والعبد في يد الأول، أو يد غيره، فعليه قيمته للثاني، كالو قال: هذا العبد لزيد، وغصبته من عمرو، فإنه يسلم إلى زيد، ويفرّم قيمته لعمرو، وإن نكّل، والعبد في يد الثاني، أقر في يده، وغرم قيمته للأول، لأنه أقر له بعد ما فدل ما حال بينه، وبين مَنْ أقر له، فآزمت قيمته، كما قلنا، وقال القاضى: إذا اعترف به لغير مَنْ هو في يده، فهل يرجع صاحب اليد، أو المقر له؟ على وجهين. ولو اعترف لأحدهما، وهو في أيديهما، ثبتت يد المقر له، وفي النصف الآخر وجهان.

٣٣٥٢ (فصل) إذا أذن المرتهن الراهن في بيع الرهن بعد حلول الحق جاز، وتوافق حقه بثمنه، وإن أذن له قبل حلوله مطلقاً، فباعه، بطل الرهن، ولم يكن عليه عوَضُهُ. لأنه أذن له فيما ينافى حقه، فأشبه ما لو أذن في عتقه، والمالك أخذ ثمنه، وبه قال الشافعى، وقال أبو حنيفة، ومحمد: يكون الثمن رهناً، لأن الراهن باع الرهن بإذن المرتهن، فوجب أن يثبت حقه فيه، كالو حل الدين. قال الطحاوى: حق المرتهن متعلق بعين الرهن، والثمن بدلُه، فوجب أن يمتاق به، كالو ألتفه مُتْلِفٌ. ولنا: أنه تصرف يُبطل حق المرتهن من عين الرهن، لا يملكه المرتهن، فإذا أذن فيه أسقط حقه كالعقد، ويُخالف ما بعد الحلول؛ لأن المرتهن يستحق البيع، ويُخالف الإنلاف. لأنه غير مأذون فيه من جهة المرتهن، فإن قال: إنما أردت بإطلاق الإذن: أن يكون ثمنه رهنًا لم يُلْتَفِتْ إلى دعواه. لأن إطلاق الإذن يقتضى بيعاً بفسخ الرهن، وبهذا قال الشافعى، وإن أذن فيه بشرط أن يحمل ثمنه مكانه رهنًا، أو يَجَلَّ له دينه من ثمنه جاز، ولزم ذلك، وإن اختلفا في الإذن، فالقول قول المرتهن، لأنه مُنْكَرٌ، وإن أذن في البيع، واختلفا في شرط جَمَلِ ثمنه رهنًا، أو تجلّ دينه منه. فالقول قول الراهن، لأن الأصل عدم الشرط، ويحتمل أن يكون القول قول المرتهن، لأن الأصل بقاء الوثيقة، وإن أذن الراهن في البيع،

ثم رجع قبل البيع ، فباعه المرتهن بعد العلم بالرجوع ، لم يصح بيعه ، وإن باعه بعد الرجوع ، وقبل العلم ، احتمل وجهين ، بناء على عزل الوكيل قبل علمه ، فإن اختلفا في الرجوع قبل البيع ، فقال القاضي : القول قول المرتهن أيضاً ، لأن الأصل عدم الرجوع ، وعدم البيع قبل الرجوع ، فتعارض الأصلان ، وبقيت العين رهناً ، على ما كانت ، وبهذا كله قال الشافعي ، وهذا فيما لا يحتاج إلى بيعه ، فأما ما دعت الحاجة إلى بيعه ، كالذي خيف تلفه ، إذا أذن في بيعه مطلقاً ، تعلق الحق بثمنه ، لأن بيعه مستحق ، فأشبهه ما يبيع بعد حلول الدين .

٣٣٥٣ (فصل) إذا حل الحق لزم الراهن الإيفاء ، لأنه دين حال ، فلزم إيفاؤه ، كالذي لا رهن به ، فإن لم يؤف ، وكان قد أذن للمرتهن ، أو للمدل ، في بيع الرهن ، باعه ، ووفى الحق من ثمنه ، وما فضل من ثمنه فللماسكه ، وإن فضل من الدين شيء ، فعلى الراهن . وإن لم يكن أذن لها في بيعه ، أو كان قد أذن لها ، ثم عزلها ، طوبى بالوفاء ، وبيع الرهن ، فإن فعل ، وإلا فعل الحاكم ما يرى من حبسه ، وتمزيقه ، لهيئته ، أو يبيعه بنفسه ، أو أمينه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يبيعه الحاكم ، لأن ولاية الحاكم على من عليه الحق ، لا على ماله ، فلم ينفذ بيعه بغير إذنه . ولنا : أنه حق تمين عليه ، فإذا امتنع من أدائه ، قام الحاكم مقامه في أدائه ، كالإيفاء من جنس الدين ، وإن وفى الدين من غير الرهن ، انفك الرهن .

٣٣٥٤ « مسألة » قال (والمرتهن أحق بمن الرهن من جميع الغرماء ، حتى يستوفى حقه ، حتى كان الراهن ، أو متيقاً) .

وجملته : أنه إذا ضاق مال الراهن عن ديونه ، وطالب الغرماء بديونهم ، أو حُجِرَ عليه إقلاسه ، وأريد قسمه ماله بين غرمائه ، فأول من يقدم من له أرش جنائية يتعلق برقية بمض عبيد المفس ، لما ذكرنا من قبل ، ثم من له رهن ، فإنه يخص بثمنه عن سائر الغرماء . لأن حقه متعلق بعين الرهن ، وذمة الراهن مآ ، وسائرهم يتعلق حقه بالذمة دون العين ، فكان حقه أقوى ، وهذا من أكثر فوائد الرهن ، وهو تقديمه بحقه عند فرض مزاحمة الغرماء ، ولا نعلم في هذا خلافاً ، وهو مذهب الشافعي ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم ، فيبيع الرهن ، فإن كان ثمنه وفق حقه ، أخذه ، وإن كان فيه فضل عن دينه رد الباقي على الغرماء ، وإن فضل من دينه شيء أخذ ثمنه ، وضرب مع الغرماء ببقية دينه ، ثم من بعد ذلك ، من وجد عين ماله ، فهو أحق بها ، ثم يقسم الباقي بين الغرماء ، على قدر ديونهم ، ولو كان فيهم من دينه ثابت بجنائية المفس ، لم يقدم ، وكان أسوة الغرماء . لأن أرش جنائته يتعلق بذمته ، دون ماله ، فهو كبقية الديون ، بخلاف أرش جنائية العبد ، فإنها تتعلق برقية العبد ، ولذلك كان أحق به ، ممن تعلق

حقه بمجرد الذمة ، ولا فرق في استحقاق ثمن الرهن ، والاختصاص به ، بين كون الراهن حياً ، أو ميتاً . لأن تقديم حقه من حيث كان حقه متعلقاً بعين المال ، وهذا المعنى لا يختلف بالحياة والموت ، فكذلك ما ثبت به ، كأرش الجناية .

٣٣٥٥ (فصل) ولو باع شيئاً ، أو باعه وكيله ، وقبض الثمن ، أو باع العدل الرهن ، وقبض الثمن ، فتلف ، وتعذر رده ، وخرجت السلعة مستحقة ، ساوى المشتري الغرماء . لأن حقه لم يتعلق بعين المال ، فهو بمنزلة أرش جناية المفلس ، وذكر القاضى احتمالاً آخر : أنه يُقدّم على الغرماء . لأنه لم يرض بمجرد الذمة ، فكان أولى ، كالمرتهن ، ولأنه لو لم يُقدّم على الغرماء لامتنع الناس عن شراء مال المفلس ، خوفاً من ضياع أموالهم ، فتفلّ الرغبات فيه ، ويقلّ ثمنه ، فكان تقديم المشتري بذلك على الغرماء أنفع لهم ، وهذا وجه لأصحاب الشافعى .

ولنا : أن هذا حق لم يتعلق بعين المال ، فلم يُقدّم ، كالذى جنى عليه المفلس ، وفارق المرتهن . فإن حقه تعلق بالعين ، وما ذكرناه من المعنى الأول منتقض بأرشف جناية المفلس . والثانى : مصلحة لأصل لها ، فلا يثبت الحكم بها . فإما إن كان الثمن موجوداً يمكن رده ، وينفرد به صاحبه . لأنه عين ماله ، لم يتعلق به حق أحد من الناس ، وكذلك صاحب السلعة المستحقة ، يأخذها ، ومتى باع العدل مال المفلس ، أو باع الرهن ، وخرجت السلعة مستحقة ، فالعهدة على المفلس ، فلا شيء على العدل . لأنه أمين .

٣٣٥٦ (فصل) ومن استأجر داراً ، أو بعيراً بعينه ، أو شيئاً غيرهما بعينه ، ثم أفلس المؤجر ، فالمستأجر أحق بالعين التى استأجرها من الغرماء ، حق يستوفى حقه . لأن حقه متعلق بعين المال ، والمففعة مملوكة له ، فى هذه المدة ، فكان أحق بها ، كما لو اشترى منه شيئاً . فإن هلك البعير ، أو انهدمت الدار قبل انقضاء المدة ، انفسخت الإجارة ، ويضرب مع الغرماء ببقية الأجرة . وإن استأجر جملاً فى الذمة ، أو غيره ، ثم أفلس المؤجر ، فالمستأجر أسوة الغرماء ، لأن حقه لم يتعلق بالعين . وهذا مذهب الشافعى ، ولا نعلم فيه خلافاً . فإن أجرة داراً ، ثم أفلس ، فاتفق الغرماء ، والمفلس على البيع قبل انقضاء مدة الإجارة ، فلهم ذلك ، ويبيعونها مستأجرة . وإن اختلفوا قدّم قول من طلب البيع فى الحال . لأنه أحوط من التأخير ، فإذا استوفى المستأجر يسلم المشتري . وإن اختلفوا على تأخير البيع حتى تنقضى مدة الإجارة ، فلهم ذلك . لأن الحق لهم ، لا يخرج عنهم .

٣٣٥٧ (فصل) ولو باع سلعة ، ثم أفلس قبل تقييدها ، فالمشتري أحق بها من الغرماء ، سواء كانت من المكيل ، والموزون ، أو غيرها . لأن المشتري قد ملكها ، وثبت ملكه فيها ، فكان أحق

بها ، كما لو قبضها ، ولا فرق بين ما قبل قبض الثمن ، وما بعده . وإن كان عليه سَلَمٌ ، فوجد المُسَلِّمُ الثمنَ قائماً ، فهو أحقُّ به . لأنه وجد عين ماله ، وإن لم يجده ، فله أسوةُ الغُرماء . لأنه لم يتعلَّق حقّه بعين مالٍ ، ولا ثبت ملكه فيه ، ويَضْرِبُ مع الغرماء بالمُسَلِّمِ فيه الذي يَسْتَحِقُّه ، دون الثمن ، فيعزّل له قدر حقّه . فإن كان في المال جنسٌ حقّه ، أخذ منه بقدر ما يستحقّه . وإن لم يكن فيه جنسٌ حقّه عُزِّلَ بقدر حقّه ، فيشتري به المُسَلِّمُ فيه ، فيأخذه ، وليس له أن يأخذ المعزولَ بعينه ، لئلا يكون بدلاً عما في الذمّة من المُسَلِّمِ فيه . ولا يجوز أخذ البذل عن المُسَلِّمِ فيه . وإن أمكن أن يشتري بالمعزول أكثر مما قدر له ، لرخص المُسَلِّمِ فيه اشتري له بقدر حقّه ، وردّ الباقي على الغُرماء .

مثاله : رجل أفلس ، وله دينار ، وعليه لرجل دينار ، وآخر قفيزٌ حنْطية من سَلَمٍ ، قيمته دينار ، فإنه يُقسَمُ دينارُ المفلس نصفين ، لصاحب الدينار نصفه ويُعزّلُ نصفه للمُسَلِّمِ . فإن رَحُصَتِ الحنْطية ، فصار قيمة القفيز نصف دينار ، تبيّننا أنّ حقّه مثلُ نصف حقِّ صاحب الدينار ، فلا يستحقُّ من دينار المفلس إلا ثلثه يشتري له به ثلثاً قفيز ، فيُدفع إليه ، ويردُّ سدُسُ الدينار على الغريم الآخر . فإن غلا المُسَلِّمُ فيه فصار قيمة القفيز دينارين ، تبيّننا أنه يستحقُّ مثلي ما يستحقّه صاحب الدينار ، فيكون له من دينار المفلس ثلثاه ، فيشتري له بالنصف المعزول ، ويرجعُ على الغريم سدُسَ دينار ، يشتري له به أيضاً لأن المعزول ملكُ المفلس ، وإنما للمُسَلِّمِ قدرُ حقّه . فإن زاد ، فللمفلس ، وإن نقص ، فعليه .

٣٣٥٨ (فصل) قال عبد الله بن أحمد . سألتُ أبي عن رجل عنده رهونٌ كثيرة ، لا يعرف أصحابها ، ولا من رهن عنده . قال : إذا أيسّت من معرفتهم ، ومعرفة ورّثتهم ، فأرى أن تُباع ، ويتصدّق بثمنها ، فإن عَرَفَ بدأربها خيّرهم بين الأجر ، أو يفرّم لهم . هذا الذي أذهبُ إليه . وقال أبو الحارث ، عن أحمد في الرهن يكون عنده السنين الكثيرة ، بأيس من صاحبه : يبيعه ، ويتصدّق بالفضل . فظاهر هذا أنه يستوفي حقّه . ونقل أبو طالب : لا يستوفي حقّه من ثمنه . ولكن إن جاء صاحبها فطلبه ، أعطاه إياه ، وطالب منه حقّه . وأما إن رفع أمره إلى الحاكم ، فباعه ، ووفاه منه حقّه ، جاز ذلك .

كتاب المفلس

المفلس : هو الذى لا مال له ، ولا ما يدفع به حاجته ، ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وسلم لأصحابه « أَتَذَرُونَ ^(١) مِنَ الْمَفْلِسِ ؟ » قالوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، الْمَفْلِسُ فِيمَا مِنْ لَا دِرْهَمَ لَهُ وَلَا مَتَاعَ ، قَالَ : « لَيْسَ ذَلِكَ الْمَفْلِسُ ، وَلَكِنَّ الْمَفْلِسُ مَنْ يَأْتِي يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِحَسَنَاتٍ أَمْثَالِ الْجِبَالِ ، وَيَأْتِي وَقَدْ ظَلَمَ هَذَا ، وَلَطَمَ هَذَا ، وَأَخَذَ مِنْ عِرْضِ هَذَا ، فَيَأْخُذُ هَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، وَهَذَا مِنْ حَسَنَاتِهِ ، فَإِنْ بَقِيَ عَلَيْهِ شَيْءٌ أَخَذَ مِنْ سَيِّئَاتِهِمْ فَرَدَّ عَلَيْهِ ، ثُمَّ صُكَّ لَهُ صُكٌّ إِلَى النَّارِ » أخرجه مسلم بمعناه ، فقوله ذلك إخبار عن حقيقة المفلس وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ ذَلِكَ الْمَفْلِسُ » تجاوز ، لم يرد به نفي الحقيقة ، بل أراد أن فليس الآخرة أشد ، وأعظم ، بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة إليه ، كالغنى ، ونحو هذا قوله صلى الله عليه وسلم « لَيْسَ الشَّدِيدُ بِالصُّرْعَةِ ، وَلَكِنَّ الشَّدِيدُ الَّذِي يَمْلِكُ نَفْسَهُ عِنْدَ الْغَضَبِ » وقوله « لَيْسَ السَّابِقُ مَنْ سَبَقَ بَعِيرُهُ . وَإِنَّمَا السَّابِقُ مَنْ غَفِرَ لَهُ » وقوله « لَيْسَ الْغِنَى عَنْ كَثْرَةِ الْعَرَضِ ، إِنَّمَا الْغِنَى غِنَى النَّفْسِ » ومنه قول الشاعر :

لَيْسَ مَنْ مَاتَ فَاسْتَرَاحَ بِمَيِّتٍ إِنَّمَا الْمَيِّتُ مَيِّتُ الْأَحْيَاءِ

وإِنَّمَا سُمِّيَ هَذَا مُفْلِسًا . لأنه لا مال له إلا الفلوس ، وهى أدنى أنواع المال ، والمفلس فى عرف الفقهاء من دينه أكثر من ماله ، وخرجه أكثر من دخله ، وسموه مفلساً ، وإن كان ذا مالٍ لأن ماله مستحقٌ الصرف فى جهة دينه ، فكأنه معدوم ، وقد دل عليه تفسير النبي صلى الله عليه وسلم مفلس الآخرة فإنه أخبر أن له حسنات أمثال الجبال ، لكنها كانت دون ما عليه ، فقسمت بين الغرماء ، وبقي لا شيء له ، ويجوز أن يكون سُمِّيَ بذلك ، لما يؤول إليه من عدم ماله بعد وفاء دينه ويجوز أن يكون سُمِّيَ بذلك ، لأنه يُمنع من التصرف فى ماله ، إلا الشيء القليل ، الذى لا يُمِشُّ إلا به ، كالفلوس ، ونحوها .

٣٣٥٩ (فصل) ومتى لزم الإنسان ديونٌ حالَّةٌ لا يفي ماله بها ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجرَ عليه لزمته إيجابتهم ، ويُستحب أن يظهر الحجرَ عليه لتجذب مَعامَلَتُهُ ، فإذا حجرَ عليه ثبت بذلك أربعة أحكام . أحدها : تملق حقوق الغرماء بعين ماله ، والثانى : منع تصرفه فى عين ماله . والثالث : أن من وجد عين ماله عنده ، فهو أحقُّ بها من سائر الغرماء إذا وجدتِ الشروط . الرابع : أن للحاكم بيع

(١) فى الطبعة الثالثة التى علقنا عليها (أندعون) وهو خطأ لم ينبه عليه فى الخطأ والصواب .

ماله ، وإيفاء الغرماء ، والأصل في هذا « مَا رَوَى كَعْبُ بْنُ مَالِكٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حَجَرَ عَلَى مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ وَبَاعَ مَالَهُ » رواه الخلال بإسناده ، وعن عبد الرحمن بن كعب ، قال : كَانَ مُعَاذُ ابْنِ جَبَلٍ مِنْ أَفْضَلِ شَبَابِ قَوْمِهِ ، وَلَمْ يَسْكُنْ يُمَيْسُكَ شَيْئًا ، فَلَمْ يَزَلْ يَدَّانُ حَتَّى أُغْرِقَ مَالُهُ فِي الدِّينِ ، فَكَلَّمَ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ غُرْمَاؤُهُ ، فَلَوْ تَرِكَ أَحَدٌ مِنْ أَجْلِ أَحَدٍ لَتَرَكُوا مُعَاذًا مِنْ أَجْلِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَبَاعَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مَالَهُ حَتَّى قَامَ مُعَاذٌ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، قَالَ بَعْضُ أَهْلِ الْعِلْمِ : إِنَّمَا لَمْ يَتْرِكِ الْغُرْمَاءُ لِمُعَاذٍ حِينَ كَلَّمَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَهُودًا .

٣٣٦٠ « مسألة » قال ﴿ وَإِذَا فَلَسَ الْحَاكِمُ رَجُلًا ، فَأَصَابَ أَحَدُ الْغُرْمَاءِ عَيْنَ مَالِهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ تَرْكُهُ ، وَيَكُونُ أَسْوَأُ الْغُرْمَاءِ ﴾

وجملته : أن المفلس متى حُجِرَ عليه ، فوجد بعض غرمائه سلعة التي باعه إياها يعينها ، بالشروط التي يذكرها ، ملك فسخ البيع ، وأخذ سلعته ، وروى ذلك عن عثمان ، وعلي ، وأبي هريرة ، وبه قال عروة ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي والعمري ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، وقال الحسن والبخاري ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة ، هو أسوأ الغرماء ، لأن البائع كان له حق الإمساك ، لقبض الثمن ، فلما سلمه ، أسقط حقه من الإمساك ، فلم يكن له أن يرجع في ذلك بالإفلاس ، كالرهن إذا سلم الرهن إلى الراهن ، ولأنه ساوى الغرماء في سبب الاستحقاق ، فيساويهم في الاستحقاق ، كسائرهم .

ولنا : ما روى أبو هريرة . أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » متفق عليه ، قال أحمد : لو أن حاكما حكم أنه أسوأ الغرماء ، ثم رفع إلى رجل يرى العمل بالحديث ، جاز له نقض حكمه ، ولأن هذا العقد باطل ففسخ بالإقالة ، فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض ، كالمسلم فيه ، إذا تعذر ، ولأنه إذا شرط في البيع رهنا فمجز عن تسليمه ، استحق الفسخ ، وهو وثيقة بالثمن ، فالمعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى ، ويفارق المبيع الرهن فإن إمساك الرهن إمساك مجرد ، على سبيل الوثيقة ، وليس ببديل ، والثمن ههنا يدل عن العين ، فإذا تعذر استيفاءه ، رجع إلى البديل ، وقولهم : تساؤوا في سبب الاستحقاق ، قلنا : لكن اختلفوا في الشرط ، فإن بقاء العين شرط ملك الفسخ ، وهي موجودة في حق من وجد متاعه ، دون من لم يجده . إذا ثبت هذا : فإن البائع بالخيار ، إن شاء رجع في السلعة ، وإن شاء لم يرجع ، وكان أسوأ الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها ؛ أو أقل ، أو أكثر ، لأن الإعسار سبب جواز الفسخ ، فلا يوجب ، كالعيب ، والخيار ،

ولا يفتقر الفسخ إلى حكم حاكم ، لأنه فسخ ثبت بالنص ، فلم يفتقر إلى حكم حاكم ، كفسخ النكاح لعقود الأمة .

٣٣٦١ (فصل) وهل خيار الرجوع على الفور ، أو على التراخي ؟ على وجهين : بناءً على خيار الرد بالمعيب ، وفي ذلك روايتان :

أحدهما : هو على التراخي . لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض ، فكان على التراخي ، كالرجوع في الهبة .
والثاني : هو على الفور . لأنه خيار يثبت في البيع ، لنقص في العوض ، فكان على الفور ، كالرد بالمعيب . ولأن جواز تأخيره يفضي إلى الضرر بالفرماء ، لإفضائه إلى تأخير حقوقهم ، فأشبه خيار الأخذ بالشفعة ، ونعصر القاضي هذا الوجه ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

٣٣٦٢ (فصل) فإن بذل الفرء الثمن لصاحب الساعة ليركها ، لم يلزمه قبوله ، نص عليه أحمد ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك : ليس له الرجوع ، لأن الرجوع إنما يجوز لدفع ما يلحقه من النقص في الثمن ، فإذا بذل له بكامله ، لم يكن له الرجوع ، كما لو زال المعيب من المعيب ، ولنا الخبر الذي روينا ، ولأنه تبرع بدفع الحق من غير من هو عليه ، فلم يجبر صاحب الحق على قبضه ، كما لو أفسر الزوج بالنفقة ، فبذلها غيره ، أو عجز المسكاتب ، فبذل غيره ما عليه لسيده ، وبهذا ينفق ما ذكره ، وسواء بذلوه من أموالهم ، أو خصوه بتمنه من التركة ، وفي هذا القسم ضرر آخر . لأنه لا يأمن بتجدد ثبوت دين آخر ، فيرجع عليه ، وإن دفعوا إلى الفلاس الثمن ، فبذله للبائع ، لم يكن له الفسخ ، لأنه زال العجز عن تسليم الثمن ، فزال ملك الفسخ ، كما لو أسقط سائر الفرء حقوقهم عنه ، ففك أداء الثمن ، ولو أسقط الفرء حقوقهم عنه ، فتمكن من الأداء ، أو وهب له مال ، فأمكنه الأداء منه ، أو غلّت أعيان ماله ، فصارت قيمتها وافية بحقوق الفرء ، بحيث يمكنه أداء الثمن كله ، لم يكن للبائع الفسخ ، لزوال سببه ، ولأنه أمكنه الوصول إلى ثمن سلعته من المشتري ، فلم يكن له الفسخ ، كما لو لم يفلس .

٣٣٦٣ (فصل) فإن اشترى للفلس من إنسان سلعة بعد ثبوت الحجر عليه في ذمته ، لم يكن له الفسخ ، لتعذر الاستيفاء ، سواء علم ، أو لم يعلم . ولأنه لا يستحق المطالبة بتمنها ، فلا يستحق الفسخ ، لتعذره ، كما لو كان ثمنها مؤجلاً ، ولأن العالم بالمعيب^(١) دخل على بصيرة بخراب الذمة ، فأشبه من اشترى معيباً يعلم عيبه ، وفيه وجه آخر : أن له الخيار لعموم الخبر . ولأنه عقد عليه وقت الفسخ ، فلم يسقط حقه من الفسخ ، كما لو تزوجت امرأة فقيراً معسراً بنفقة ، وفيه وجه ثالث : إن باعه عالماً بقبحه ، فلا فسخ له . وإن لم يعلم ، فله الفسخ ، كمشترى المعيب ، ويفارق المعسر بالنفقة ، لكون النفقة بتجدد

(١) هكذا بالأصل ، والصواب (لأن العالم بالفلس) .

وجوبها كل يوم ، فالرضى بالمعسر بها رضى بعيب مالم يجب ، بخلاف مسألتنا وإنما يشبه هذا إذا تزوجته مفسراً بالصدق ، وسلمت نفسها إليه ، ثم أرادت الفسخ .

٣٣٦٤ (فصل) ومن استأجر أرضاً ليزرعها ، ففلس قبل مضي شيء من المدة ، فلمؤجر فسخ الإجارة . لأنه وجد عين ماله ، وإن كان بعد انقضاء المدة ، فهو غريم بالأجرة ، وإن كان بعد مضي بعضها ، لم يملك الفسخ في قياس قولنا في المبيع إذا تلف بعضه ، فإن المدة ههنا كالبيع ، ومضى بعضها كتلف بعضه ، لكن يعتبر مضي مدة لمثلها أجرة ، لأنه لا يمكن التحرر عن مضي جزء منها بحال ، وقال القاضى فى موضع آخر : من اكترى أرضاً فزرعها ، ثم أفلس ، ففسخ صاحب الأرض ، فعليه تبة قيمة زرع الفليس إلى حين الحصاد بأجر مثله ، لأن العقود عليه المنفعة ، فإذا فسخ العقد فسخه فيما ملك عليه بالعقد ، وقد تمذر ردّها عليه ، فكان عليه عوضها ، كما لو فسخ البيع بعد أن ألتف المبيع ، فله قيمته ، وبضرب بذلك مع الغرماء ، كذا ههنا ، وبضرب مع الغرماء بأجر المثل ، دون المسمى ، وهذا مذهب الشافعى ، وهذا لا يقتضيه مذهبننا ، ولا يشهد لصحته الخبر ، ولا يصح في النظر . أما الخبر : فلأن النبى صلى الله عليه وسلم إنما قال : « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنَيْهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » وهذا ما أدرك متاعه بعينه ، ولا هو أحق به ، بالإجماع ، فإتهم وافنوا على وجوب تبيتها ، وعند الرجوع فى عينها ، ولأن معنى قوله « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنَيْهِ » أى على وجوبه بملكه أخذه ، لا يتعلق حقه بعينه ، وليس هذا كذلك ، وأما النظر ، فلأن لبائع إنما كان أحق بعين ماله انعلق حقه بالعين ، وإمكان ردّ ماله إليه بعينه ، فيرجع على من تعلق حقه بمجرد الذمة ، وهذا لم يتعلق حقه بالعين ، ولا أمكن ردّها إليه . وإنما صار فائدة الرجوع الضرب بالقيمة . دون المسمى . وليس هذا هو المقضى فى محل النص . ولا هو فى معناه . فإثبات الحكم به تحكّم بغير دليل . ولو اكترى رجلاً يحمل له متاعاً إلى بلد . ثم أفلس المكترى قبل حمل شيء . فلمكترى الفسخ . وإن حل البمض . أو بمض المسافر فقياس المذهب ليس له الفسخ . وقياس قول القاضى . له ذلك . فإذا فسخ سقط عنه حمل ما بقي . وضرب مع الغرماء بقسط ما حمل من الأجر المسمى . وعلى قياس قول القاضى : يفسخ العقد فى الجميع . وبضرب بقسط ما حمل من أجر المثل لما ذكرنا من قوله فى المسألة التى حكينا قوله فيها .

٣٣٦٥ (فصل) فإن اقترض رجلاً مالاً ، ثم أفلس المقترض ، وعين المال قائم ، فله الرجوع فيها ، لقوله عليه السلام « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنَيْهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنه غريم وجد عين ماله ، فكان له أخذها ، كالبائع ، وإن صدق امرأة له عينا ، ثم انفخ نكاحها بسبب من جهتها

يُسْقِطُ صَدَاقَهَا . أَوْ طَلَقَهَا قَبْلَ دَخُولِهِ بِهَا ، فَاسْتَحَقَّ الرَّجُوعَ فِي نِصْفِهِ . وَقَدْ أَفْلَسَتْ ، وَوَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا ، لِما ذَكَرْنَا .

٣٣٦٦ « مسألة » قال ﴿ فَإِنْ كَانَتِ السَّلْعَةُ قَدْ تَلَفَ بِمَعْضَاهَا ، أَوْ مَزِيدَةً بِمَا لَا تَنْفَصِلُ زِيادَتُهَا ، أَوْ نَقَدَ بَعْضُ نَمْنِهَا ، كَانَ الْبَائِعُ فِيهَا كَأُسُوءَةِ الْفُرْمَاءِ ﴾ .
وجملة ذلك أن البائع إنما يستحق الرجوع في السلعة بخمسة شرائط .

(أحدها) أن تكون السلعة باقيةً بعينها ، لم يتلف بمعضها ، فإن تلف جزء منها ، كبعض أطراف العبد ، أو ذهب عينه ، أو تلف بعض الثوب ، أو انهدم بعض الدار ، أو اشترى شجرةً مثمرًا لم تظهر ثمرتها ، فتلفت الثمرة ، أو نحو هذا ، لم يكن للبائع الرجوع ، وكان أسوة الفرما ، وبهذا قال إسحاق ، وقال مالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، والمعتزلي : له الرجوع في الباقي ، ويضربُ مع الفرما بحصةٍ التالف . لأنها عينُ يملكُ الرجوعَ في جميعها ، فملك الرجوعَ في بعضها ، كالذي له الخيارُ ، وكالأب فيما وهب لولده ، ولنا قولُ النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » فشرطَ أن يجده بعينه ، ولم يجده بعينه ، ولأنه إذا أدركه بعينه حصل له بالرجوع فصلُ الخصومة ، وانقطاعُ ما بينهما من المعاملة ، بخلاف ما إذا وجد بعضه ، ولا فرق بين أن يرضى بالموجود بجميع الثمن ، أو يأخذه بقطعه من الثمن ، لأنه فات شرطُ الرجوع ، وإن كان المبيعُ عينين ، كعبدَيْنِ ، أو ثوبَيْنِ ، تلف أحدهما ، أو بعض أحدهما ، ففي جواز الرجوع في الباقي منهما روايتان :

(إحداهما) لا يرجع ، نقلها أبو طالب عن أحمد ، قال : لا يرجعُ بِبَقِيَّةِ الْعَيْنِ ، ويكونُ أُسُوءَةَ الْفُرْمَاءِ ، لأنه لم يجد المبيعَ بعينه ، فأشبهه ما لو كان عينًا واحدةً ، ولأنَّ بعضَ المبيعِ تالفٌ ، فلم يملك الرجوعَ ، كما لو قُطِعَتْ يَدُ الْعَبْدِ ، ونقل الحسنُ بن ثوابٍ ، عن أحمد : إن كان ثوبًا ، واحدًا ، فتلف بعضه ، فهو أسوة الفرما ، وإن كان رُزْمًا ، فتلف بعضها ، فإنه يأخذُ بقيمتها ، إذا كان بعينه . لأنَّ السَّالِمَ مِنَ الْمَيْبَعِ وَجَدَهُ الْبَائِعُ بِعَيْنِهِ ، فیدخلُ في عموم قوله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأنَّه مبيعٌ وحده بعينه ، فكان للبائع الرجوعُ فيه ؛ كما لو كان جميع المبيع .

٣٣٦٧ (فصل) وإن باع بعض المبيع ، أو وهبه ، أو وقفه ، فهو بمنزلة تلفه ، لأنَّ البائع ما أدرك

ماله بعينه .

٣٣٦٨ (فصل) وإن نقصت مالية المبيع لذهاب صفةٍ ، مع بقاء عينه ، كعبد هزل ، أو نسي صناعة أو كتابة . أو كبر . أو مرض . أو تغير عقله ، أو كان ثوبًا فخلق . لم يمنع الرجوع . لأنَّ فقد

الصفة لا يُخرجه عن كونه عين ماله . لكنه يتخبر بين أخذه ناقصاً بجميع حقه ، وبين أن يضرب مع الغرماء بكامل ثمنه . لأن الثمن لا يتقسط على صفة السلة ، من سمن ، أو هزال ، أو علم ، أو نحوه ، فيصير كمنقصه لتغير الأسعار ، ولو كان المبيع أمة ثيباً . فوطئها المشتري ، ولم تحمل . فله الرجوع فيها ، لما ذكرنا . فإنها لم تنقص في ذات ، ولا في صفات ، وإن كانت يكرأ . فقال القاضى : له الرجوع ، لأنه فقد صفة . فإنه لم يذهب منها جزء . وإنما هو كالجرأح . وقال أبو بكر : ليس له الرجوع ، لأنه أذهب منها جزءاً ، فأشبه ما لو فقأ عينها ؛ وإن وجب الوطء من غير المفلس ، فهو كوطء المفلس ، فيما ذكرنا .

٣٣٦٩ (فصل) وإن جرح العبد أو شج ، فعلى قول أبي بكر : لا يرجع . لأنه ذهب جزء ينقص به الثمن . فأشبه ما لو فقئت عين العبد . لأنه ذهب من العين جزء له بدل ، فمنع الرجوع . كما لو قطعت يد العبد . ولأنه لو نقص صفة مُجَرَّدَةٌ ، لم يكن للبائع مع الرجوع فيها شيء سواه ، كما ذكرنا في هزال العبد ونسيان الصنعة ، وها هنا بخلافه ، ولأن الرجوع في المحل المنصوص عليه يقطع النزاع ، ويزيل المعاملة بينهما ، فلا بدت في محل لا يحصل به هذا المقصود . وقال القاضى : قياس المذهب أن له الرجوع ، لأنه فقد صفة ، فأشبه نسيان الصنعة ، واستخلاق الثوب ، فإذا رجع نظرنا في الجرح ، فإن كان مما لا أرش له ، كالحاصل بفعل الله تعالى ، أو فعل بهيمة ، أو جنابة المفلس ، أو جنابة عبده ، أو جنابة العبد على نفسه . فليس له مع الرجوع أرش ، وإن كان الجرح موجباً لأرش ، كجنابة الأجنبي ، فلا باع إذا رجع أن يضرب مع الغرماء بحصة ما نقص من الثمن ، فحينئذ لم ينقص من قيمته ، فيرجع بقسط ذلك من الثمن . لأنه مضمون على المشتري للبائع بالثمن ، فإن قيل : فهلاً جعلتم له الأرش الذى وجب على الأجنبي ، لأنه لو لم يجب به أرش لم يرجع بشيء ، فلا يجوز أن يرجع بأكثر من الأرش ؟ قلنا : لما أئلفه الأجنبي صار مضموناً بإنلافه للمفلس ، فكان الأرش له ، وهو مضمون على المفلس للبائع بالثمن ، فلا يجوز أن يضمه بالأرش ، وإذا لم يتلفه أجنبي ، فلم يكن مضموناً ، فلم يجب بفواته شيء ، فإن قيل . فهلاً كان هذا الأرش للمشتري ، ككسبه ، لا يضمه للبائع ؟ قلنا : الكسب بدل منافع ، ومنافعه مملوكة للمشتري بغير عوض ، وهذا بدل جزء من العين ، والأمين جميعها مضمونة بالعوض ، فلهذا ضمن ذلك المشتري .

٣٣٧٠ (فصل) فإن اشترى زيتاً فخلطه بزيت آخر ، أو قحاً فخلطه بما لا يمكن تمييزه منه ، سقط حق الرجوع ، وقال مالك : يأخذ زيتَه . وقال الشافعى : إن خلطه بمثله أو دونه ، لم يسقط الرجوع ، وله أن يأخذ متاعه بالكيل ، أو الوزن . وإن خلطه بأجود منه ، فقيه قولان :

أحدهما : يَسْمُطُ حَقَّهُ مِنَ الْعَيْنِ ، قَالَ الشَّافِعِيُّ : وَبِهِ أَقُولُ : وَاحْتَجُّوا بِأَنْ عَيْنَ مَالِهِ مَوْجُودَةٌ مِنْ طَوْبِيقِ الْحُكْمِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مُنْفَرَدَةً . وَلَأنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَكْثَرُ مِنْ اخْتِلَاطِ مَالِهِ بِغَيْرِهِ ، فَلَمْ يَنْعَمْ الرُّجُوعَ كَمَا لَوْ اشْتَرَى ثَوْبًا فَصَبَغَهُ ، أَوْ سَوَّبَقًا فَلَمَّئِهِ ^(١) .

وَلَنَا : أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ عَيْنَ مَالِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَتْ ، وَلَأنَّ مَا يَأْخُذُهُ مِنْ غَيْرِ عَيْنِ مَالِهِ . إِنَّمَا يَأْخُذُهُ عَوَضًا عَنْ مَالِهِ . فَلَمْ يَخْتَصْ بِهِ دُونَ الْغَرَامِ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ مَالُهُ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِمِثْلِهِ » أَيْ مَنْ قَدَّرَ عَلَيْهِ ، وَتَمَكَّنَ مِنْ أَخْذِهِ مِنَ الْمُنْطَلِقِ ، بِدَائِلِ مَا لَوْ وَجَدَهُ بَعْدَ زَوَالِ مِلْكِ الْمُنْطَلِقِ ، أَوْ كَانَتْ مَسَامِيرَ قَدْ سَمَّرَ بِهَا بَابًا . أَوْ حَجَرًا قَدْ بُنِيَ عَلَيْهِ . أَوْ خَشَبًا فِي سَقْفِهِ . أَوْ أُمَةً اسْتَوْلَدَهَا . وَهَذَا إِذَا أَخَذَ كَيْلَهُ . أَوْ قِيمَتَهُ . إِنَّمَا يَأْخُذُ بِوَضْعِ مَالِهِ . فَهُوَ كَالْمَنْ . وَالْقِيَمَةُ . وَفَارَقَ الْمَصْبُوغَ ، فَإِنْ عَيْنُهُ يُمْكِنُهُ أَخْذُهَا ، وَالسَّوْبِيقُ كَذَلِكَ . فَاخْتَلَفَا .

٣٣٧١ (فصل) وَإِنْ اشْتَرَى حِنْطَةً . فَطَعَنَهَا ، أَوْ زَرَعَهَا ، أَوْ دَقَّقَهَا فَخَبَّرَهَا ، أَوْ زَيَّنَّا فَعَمَلَهُ صَابُونًا ، أَوْ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ قِصَصًا ، أَوْ غَزَلَ فَنَسَجَهُ ثَوْبًا ، أَوْ خَشَبًا فَنَجَّرَهُ أَبْوَابًا ، أَوْ شَرَبَهَا فَعَمَلَهُ إِبْرًا ، أَوْ شَيْئًا فَعَمَلَهُ بِمَا أزالَ اسْمَهُ ، سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : فِيهِ قَوْلَانِ :

أحدهما : بِهِ أَقُولُ يَأْخُذُ عَيْنَ مَالِهِ ، وَيُعْطَى قِيَمَةُ عَمَلِ الْمُنْطَلِقِ فِيهَا ، لِأَنَّ عَيْنَ مَالِهِ مَوْجُودَةٌ ، وَإِنَّمَا تَغْيِيرُ اسْمِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ الْمَبِيعُ ^(٢) تَحْلًا ، فَصَارَ كَبْشًا ، أَوْ وَدِيًّا ^(٣) فَصَارَ نَخْلًا .

وَلَنَا : أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ مَتَاعَهُ بِمِثْلِهِ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ ، وَلَأنَّهُ غَيَّرَ اسْمَهُ وَصَفَتَهُ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الرُّجُوعَ ، كَمَا لَوْ كَانَ نَوَى ، فَنَبَتَ شَجَرًا . وَالْأَصْلُ الَّذِي قَاسُوا عَلَيْهِ مَمْنُوعٌ ، وَإِنْ سَلَّمَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَتَغَيَّرَ اسْمُهُ ، بِخِلَافِ مَا أَلْتَقْنَا .

٣٣٧٢ (فصل) وَإِنْ كَانَ حَبًّا ، فَصَارَ زَرْعًا ، أَوْ زَرْعًا فَصَارَ حَبًّا ، أَوْ نَوَى فَنَبَتَ شَجَرًا ، أَوْ بَيْضًا فَصَارَ فِرَاحًا . سَقَطَ حَقُّ الرُّجُوعِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَسْقُطُ . وَهُوَ أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ مِنْهُمَا . لِأَنَّ الزَّرْعَ نَفْسُ الْحَبِّ وَالْفَرَخَ نَفْسُ الْبَيْضَةِ .

وَلَنَا : أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ عَيْنَ مَالِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ ، كَمَا لَوْ أَلْفَهُ مُتَلِفًا ، فَأَخَذَ قِيَمَتَهُ . وَلَأنَّ الْحَبَّ أَعْيَانٌ ابْتَدَأَهَا اللَّهُ تَعَالَى لَمْ تَكُنْ مَوْجُودَةً عِنْدَ الْبَيْعِ . وَكَذَلِكَ أَعْيَانُ الزَّرْعِ ، وَالْفَرَخِ . وَلَوْ اسْتَأْجَرَ أَرْضًا ، وَاشْتَرَى بَذْرًا ، وَمَاءً ، فَزَرَعَ ، وَسَقَى ، وَاسْتَحْصَدَ ، وَأَفْلَسَ . فَالْثَوْبُ ، وَبِائِعُ الْبَذْرِ ، وَالْمَاءُ ، غُرْمَاءُ لَا حَقَّ لِمَنْ

(١) لَهُ : عَجَنَهُ بِالسَّمَنِ أَوْ بِالْمَاءِ .

(٢) الْحَمْلُ : الْخُرُوفُ الصَّغِيرُ ، وَالْكَبَشُ الْخُرُوفُ الْكَبِيرُ .

(٣) الْوَدَى : بَفَتْحِ الْوَاوِ وَكَسْرِ الدَّالِ وَتَشْدِيدِ الْيَاءِ صَفَارُ النَّخْلِ الَّتِي تَشْتَلُ فَتَغْرَسُ .

في الرجوع . لأنهم لم يجدوا أعيان أموالهم . وعلى قول من قال : له الرجوع في الزرع ، يسكون عليه غرامة الأجرة ، ومن الماء ، أو قيمة ذلك .

٣٣٧٣ (فصل) وإن اشترى ثوباً فصبغه ، أو سويقاً فلتته بزيت . فقال أصحابنا : لبائع الثوب ، والسويق الرجوع في أعيان أموالها . وهو مذهب الشافعي . لأن عين مالها قائمة مشاهدة ، ما تغير اسمها ، ويسكون المفسد شريكاً لصاحب الثوب ، والسويق بما زاد عن قيمتها ، فإن حصل زيادة ، فهي له . وإن حصل نقص فماليه . وإن نقصت قيمة الثوب ، أو السويق . فإن شاء البائع أخذها ناقصين ، ولا شئ له ، وإن شاء تركهما ، وله أسوة الغرماء . لأن هذا نقص صفة ، فهو كالحزأل . ويحتمل أن لا يسكون له الرجوع إذا زادت القيمة . لأنه اتصل بالمبيع زيادة للمفلس ، فنعت الرجوع ، كما لو سمن العبد . ولأن الرجوع ههنا لا يتخلص به البائع من المفلس ، ولا يحصل به المقصود من قطع المنازعة ، وإزالة المعاملة . بل يحصل به ضرر الشركة ، فلم يسكن في معنى المنصوص عليه ، فلا يمكن إلحاقه به .

٣٣٧٤ (فصل) وإن اشترى صبغاً فصبغ به ثوباً ، أو زيتاً فلت به سويقاً ، فبائعهما أسوة الغرماء ، وقال أصحاب الشافعي : له الرجوع . لأنه وجد عين ماله ، قالوا : ولو اشترى ثوباً وصبغاً ، وصبغ الثوب بالصبغ ، رجع بائع كل شئ في عين ماله . وكان بائع الصبغ شريكاً لبائع الثوب ، وإن حصل نقص ، فهو من صاحب الصبغ . لأنه الذي يتفرق ، وينقص ، فإذا كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبغ خمسة ، فصارت قيمتهما اثنا عشر . كان لصاحب الثوب خمسة أسداسه ، وللآخر سدس ، ويضرب مع الغرماء بما نقص ، وذلك ثلاثة دراهم ، وذكر القاضي مثل هذا في موضع .

ولنا : أنه لم يجد عين ماله ، فلم يسكن له الرجوع ، كما لو تلف . ولأن المشتري شغله بغيره ، على وجه البيع ، فلم يملك بائعه الرجوع فيه ، كما لو كان حَجَرًا بنى عليه ، أو مسامير سمر بها باباً ، وصبغاً من واحد ، فصبغه به ، فقال أصحابنا : لا فرق بين ذلك وبين كون الصبغ من غير بائع الثوب . فعلى قولهم يرجع في الثوب وحده ، ويسكون المفسد شريكاً له بزيادة الصبغ ، ويضرب مع الغرماء بثمان الصبغ . ويحتمل أن يرجع فيهما ههنا . لأنه وجد عين ماله مُمَيَّزاً عن غيره ، فكان له الرجوع فيه ، لاخير ، ولأن المعنى في الحل الذي يثبت فيه الرجوع موجود ههنا . فيملك الرجوع به ، كما يملكه ثَمَمٌ ، ولو أنه اشترى رُفُوقاً ، ومسامير من رجل واحد ، فسمرها بها ، رجع بائعهما فيهما كذلك ، وكذلك ما أشبهه

٣٣٧٥ (فصل) إذا اشترى ثوباً فقصره^(١) لم يخل من حالين :

(١) قصره : صبغه ، والمصدر : القصاره بكسر القاف ، والصانغ قصار ، بتشديد الصاد .

أحدهما : أن لا تزيد قيمته بذلك : فلبائع الرجوع فيه . لأن عين ماله قائمة لم يزل اسمها ، ولم يتلف بعضها ، ولا اتصلت بغيرها ، فكان له الرجوع فيها ، كما لو علم العبد صناعة لم تزد قيمته بها ، وسواء نقصت قيمته بذلك ، أو لم تنقص . لأن ذلك النقص نقص صفة . فلا يمنع ، كنفسيان صناعة ، وهزال العبد ، ولا شيء له مع الرجوع .

الثاني : أن تزيد قيمته بذلك ، فليس للبائع الرجوع ، على قياس قول الخرقي ، لأن الثوب زاد زيادة لا تتميز ، فلم يملك البائع الرجوع فيه ، كما لو سمن العبد . ولأنه لم يجد عين ماله متميزة عن غيرها ، فلم يملك الرجوع ، كبائع الصبغ إذا صبغ به ، والزيت إذا لث به سويق ، وقال القاضي وأصحابه : له الرجوع فيها ، لأنه أدرك متاعه بعيته . ولأنه وجد عين ماله لم يتغير اسمها ، ولا ذهبت عينها ، فملك الرجوع فيها ، كما لو صبغها ، فعلى قولهم : إن كانت الفسارة بعمل المفلس ، أو بأجرة وقاها ، فمما شريكان في الثوب . فإذا كانت قيمة الثوب خمسة ، فصار يساوي ستة ، فللمفلس سدسه ، ولبائعه خمسة أسداسه ، فإن اختار البائع دفع قيمة الزيادة إلى المفلس ، لزمه قبولها ، لأنه يتخلص بذلك من ضرر الشركة ، من غير مفسدة تلحقه فأشبه ما لو دفع الشفيع قيمة البناء إلى المشتري ، وإن لم يتختر بيع الثوب . وأخذ كل واحد منهما بقدر حقه ، وإن كان العمل من صانع لم يستوف أجره ، فله حبس الثوب على استيفاء أجره . فإن كانت الزيادة بقدر الأجر : دؤمت إليه . وإن كانت أقل ، فله حبس الثوب على استيفاء قدر الزيادة ، ويضرب مع الغرماء بما بقي ، وإن كانت أكثر . مثل أن تكون الزيادة درهمين ، والأجر درهما فله قدر أجره ، وما فضل للغرماء .

٣٣٧٦ (فصل) الشرط الثاني : أن يكون المبيع زاد زيادة متصلة ، كالسمن ، والكبر ، وتعلم الصناعة ، أو الكتابة ، أو القرآن ، ونحو ذلك ، واختلف المذهب في هذا ، فذهب الخرقي إلى أنها تمنع الرجوع ، وروى الميموني عن أحمد : أنها لا تمنع ، وهو مذهب مالك ، والشافعي ، إلا أن مالكاً يخير الغرماء بين أن يعطوه السلعة ، أو ثمنها الذي باعها به ، احتجوا بالخبر ، وبأنه فسخ لا تمنع منه الزيادة المنفصلة ، فلا تمنع المتصلة ، كارد بالمعيب ، وفارق الطلاق ، فإنه ليس يفسخ ، ولأن الزوج يمكنه الرجوع في قيمة العين ، فيصل إلى حقه تاماً ، وهمنا لا يمكنه الرجوع في الثمن .

ولنا : أنه فسخ بسبب حادث ، فلم يملك به الرجوع في عين المال الزائدة زيادة متصلة ، كفسخ النكاح بالأعسار ، أو الرضاع ، ولأنها زيادة في ملك المفلس ، فلم يستحق البائع أخذها ، كالمنفصلة ، وكالحاصلة بفعله ، ولأن النماء لم يصل إليه من البائع ، فلم يستحق أخذه منه ، كغيره من أمواله ، وفارق الرد بالمعيب ، لوجهين :

أحدهما : أن الفسخ فيه من المشتري ، فهو راضٍ باسقاط حقه من الزيادة وتركها للبائع ، بخلاف مسألتنا والثاني : أن الفسخ سَمَّيَ لِمَعْنَى قَارِنِ الْعَقْدِ ، وهو العيب القديم ، والفسخُ ههنا لسببٍ حادثٍ فهو أشبهُ بفسخ النكاح الذي لا يستحقُّ به استرجاع العين الزائدة ، وقولهم : إن الزوج إنما لم يرجع في العين لكونه يندفعُ عنه الضررُ بالقيمة — لا يصحُّ ، فإن اندفاع الضرر عنه بطريقٍ آخرٍ لا يمنعُه من أخذ حقه من العين ، ولو كان مُستَحِقّاً للزيادة لم يستطع حقه منها بالقدرة على أخذ القيمة ، كمشتري المعيب . ثم كان ينبغي أن يأخذ قيمة العين زائدةً ، لكون الزيادة مُستَحَقَّةً ، فلما لم يكن كذلك ، عَلِمَ أَنَّ الْمَانِعَ من الرجوع كونُ الزيادة للمرأة ، ، وأنه لا يمكنُ فصلها ، فكذلك ههنا ، بل أولى ، فإن الزيادة يتعلّق بها حقُّ المُفْلِسِ ، والفرءاء ، فَنُفِعَ المشتري من أخذ زيادة ليست له أولى من تقويتها على الفرءاء الذين لم يَصِلُوا إلى تمام ديونهم ، والمُفْلِسُ المحتاج إلى تبرئة ذمته عند اشتداد حاجته .

٣٣٧٧ (فصل) وأما الخبرُ فمحمولٌ على مَنْ وَجَدَ متاعه على صفته ، ليس بزائد ، ولم يتعلّق به حقٌّ آخر ، وههنا قد تعلّقت به حقوقُ الفرءاء ، لما فيه من الزيادة . لما ذكرنا من الدلائل ، يُحَقِّقُهُ أَنَّهُ إِذَا كَانَ تَلَفُ بعض المبيع مانعاً من الرجوع من غير ضرر يُلْحَقُ بالمُفْلِسِ ، ولا بالفرءاء ، فَلَا يُنْعَى الزيادة فيه مع تقويتها بالرجوع عليهم ، أولى ، ولأنه إذا رجع في الناقص ، فما رجع إلّا فيما باعه ، وخرج منه ، وإذا رجع في الزائد أخذ ما لم يبيعه ، واسترجع ما لم يخرج عنه ، فكان بالمنع أحق .

٣٣٧٨ (فصل) فأما الزيادة المنفصلة ، كالولد ، والثمر ، والكتب ، فلا تمنع الرجوع بغير خلاف بين أصحابنا ، وهو قول مالك ، والشافعي ، وسواء نقص بها المبيع ، أو لم ينقص ، إذا كان نقصاً صفته ، والزيادة للمُفْلِسِ ، وهذا ظاهر كلام الخرقي ، لأنّه منع الرجوع بالزيادة ، لكونها للمُفْلِسِ ، فالمنفصلة أولى ، وهذا قول ابن حامد ، والقاضي ، ومذهبُ الشافعي ، وهو الصحيح إن شاء الله تعالى ، وقال أبو بكر : الزيادة للبائع ، وهو مذهبُ مالك ، ونقل حنبل ، عن أحمد ، في ولد الجارية ، ونقاج الدابة : هو للبائع لأنها زيادة ، فكانت للبائع ، كالمفصلة .

ولنا : أنها زيادة انفصلت في ملك المشتري ، فكانت له ، كالورده بعيب ، ولأنّه فسخ استحقّ به استرجاع العين ، فلم يستحقّ أخذ الزيادة المنفصلة ، كفسخ البيع بالعيب ، أو الخيار ، أو الإقالة ، وفسخ النكاح بسبب من أسباب الفسخ ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « الْخَرَجُ بِالضَّمَانِ » يدلّ على أَنَّ النِّمَاءَ وَالْعَلَّةَ لِلْمُشْتَرِي ، لكون الضمان عليه ، وأما الزيادة المتصلة فقد دلّلنا على أنها للمُفْلِسِ أيضاً ، وفي ذلك تنبيهٌ على كون المنفصلة له ، ثمّ لو سلمنا ثمّ فالفرق ظاهر ، فإن المتصلة تتبع في الفسوخ ، والردّ بالعيب ، بخلاف المنفصلة ، ولا ينبغي أن يقع في هذا اختلاف ، اظهره ، وكلامُ أحمد في رواية حنبل

يُحْمَلُ عَلَى أَنَّهُ بَاعَهَا فِي حَالِ سَحْلَمَها ، فَيَكُونَانِ مَبِيعَتَيْنِ ، وَلِهَذَا خَصَّ هَذَيْنِ بِالذِّكْرِ دُونَ بَقِيَّةِ النَّأَمِ .

٣٣٧٩ (فصل) وَلَوْ اشْتَرَى أُمَةً حَامِلًا ، ثُمَّ أَفْلَسَ وَهِيَ حَامِلٌ ، فَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَلُّ قَدْ زَادَ بِكِبَرِهِ ، وَكَثُرَتْ قِيمَتُهَا مِنْ أَجْلِهِ ، فَيَكُونُ مِنْ قَبِيلِ الزَّائِدِ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، عَلَى مَا مَضَى ، وَإِنْ أَفْلَسَ بَعْدَ وَضْعِهَا . فَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ الرَّجُوعُ فِيهِمَا بِكُلِّ حَالٍ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ ، وَالصَّحِيحُ : أَنَّنَا إِنْ قُلْنَا : إِنْ الْحَلُّ لَا حُكْمَ لَهُ ، فَالْوَلَدُ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، فَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ لَا يَمْنَعُ الرَّجُوعُ فِيهِمَا ، وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِهِ ، يَكُونُ الْوَلَدُ لِلْمُفْلَسِ ، فَيَحْتَمِلُ أَنْ يَمْنَعَ الرَّجُوعُ فِي الْأُمِّ ، لِثَلَاثِ يَفْضَى إِلَى التَّفْرِيقِ بَيْنَ الْأُمِّ وَلَدِهَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْأُمِّ ، وَيُدْفَعَ قِيمَةُ الْوَلَدِ ، لِيَكُونَا جَمِيعًا ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ بَيْعَتِ الْأُمِّ ، وَلَدُهَا جَمِيعًا ، وَقُسِمَ الثَّمَنُ عَلَى قَدَرِ قِيمَتِهَا ، فَمَا خَصَّ الْأُمُّ فَهُوَ لِلْبَائِعِ ، وَمَا خَصَّ الْوَلَدُ كَانَ لِلْمُفْلَسِ ، وَإِنْ قُلْنَا إِنْ لِلْوَلَدِ حُكْمًا ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ، لَمَّا ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ ، فَإِنْ كَانَتِ الْأُمُّ وَالْوَلَدُ قَدْ زَادَا بِالْوَضْعِ ، فَحُكْمُهُمَا حُكْمُ الْمَبِيعِ الزَّائِدِ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً ، وَإِنْ لَمْ يَزِدَا ، جَازَ الرَّجُوعُ فِيهِمَا ، وَإِنْ زَادَ أَحَدُهُمَا دُونَ الْآخَرِ ، خَرَجَ عَلَى الرَّوَائِطِ ، فِيمَا إِذَا كَانَ الْمَبِيعُ عَقِيقَتَيْنِ ، فَتَلَفَ بَعْضُ أَحَدِهِمَا ، فَهَلْ يَمْنَعُ ذَلِكَ الرَّجُوعَ فِي الْآخَرِ ، كَذَلِكَ؟ يَخْرُجُ هَهُنَا وَجِهَانِ .

أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ لَهُ الرَّجُوعُ فِيمَا لَمْ يَزِدْ ، دُونَ مَا زَادَ ، فَيَكُونُ حُكْمُهُ كَحُكْمِ الرَّجُوعِ فِي الْأُمِّ دُونَ الْوَلَدِ ، عَلَى مَا فَصَّلْنَاهُ .

الثَّانِي : لَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ فِي شَيْءٍ مِنْهُمَا ، لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدِ الْمَبِيعَ إِلَّا زَائِدًا ، فَامْتَنَعَ عَلَيْهِ الرَّجُوعُ ، كَالْعَيْنِ الْوَاحِدَةِ ، وَإِنْ كَانَ الْبَيْعُ حَيَوَانًا غَيْرَ الْأُمَةِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُهَا ، إِلَّا فِي أَنَّ التَّفْرِيقَ بَيْنَهَا وَبَيْنَ وَلَدِهَا جَائِزٌ ، وَالْأُمَةُ بِخِلَافِ ذَلِكَ .

٣٣٨٠ (فصل) وَإِنْ اشْتَرَى حَائِلًا ، فَحَمَلَتْ ، ثُمَّ أَفْلَسَ . وَهِيَ حَامِلٌ فَزَادَتْ قِيمَتُهَا بِهِ ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُتَّصِلَةٌ ، تَمْنَعُ الرَّجُوعَ ، عَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ ، وَلَا تَمْنَعُهُ عَلَى رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ ، وَإِنْ أَفْلَسَ بَعْدَ وَضْعِهَا ، فَهِيَ زِيَادَةٌ مُنْفَصِلَةٌ ، فَتَكُونُ لِلْمُفْلَسِ عَلَى الصَّحِيحِ ، وَيَمْتَنَعُ الرَّجُوعُ فِي الْأُمِّ ، دُونَ وَلَدِهَا ، لِمَا فِيهِ مِنَ التَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا ، وَهَذَا أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَرْجِعَ فِي الْأُمِّ عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلُهَا ، وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، الزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ ، فَيَكُونُ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهِمَا ، وَقَالَ الْقَاضِي : إِذْ وَجَدَهَا حَامِلًا ابْنَتِي عَلَى أَنَّ الْحَلَّ : هَلْ لَهُ حُكْمٌ أَوْ لَا؟ فَإِنْ قُلْنَا : لَا حُكْمَ لَهُ ، جَرَى مَجْرَى الزِّيَادَةِ الْمُنْفَصِلَةِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهُ حُكْمٌ ، فَالْوَلَدُ فِي حُكْمِ الْمُنْفَصِلِ ، يَتَرَبَّصُ بِهِ حَتَّى تَضَعَ ، وَيَكُونُ الْحُكْمُ فِيهِ كَالْوَلَدِ بَعْدَ وَضْعِهِ ، وَإِنْ كَانَ الْحَلُّ فِي غَيْرِ الْأَدَمِيَّةِ ، جَازَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا تَقَدَّمَ .

٣٣٨١ (فصل) إذا كان المبيع نخلاً ، أو شجراً ، فأفلس المشتري ، لم يخلُ من أربعة أحوال :

أحدها : أن يُفلس وهي بحالها لم تزد ، ولم تُثمر ، ولم يتلف بعضها ، فله الرجوعُ فيها .

الثاني : أن يكون فيها ثمرٌ ظاهر ، أو طُلُع مؤبّر ، ويشترطه المشتري ، فيأكله ، أو يتصرف فيه ، أو يذهبُ بجأحيته ، ثم يُفلس ، فهذا في حكم مالهو اشتري عينين ، فتلفت إحداها ، ثم أفلس ، فهل للبائع الرجوع في الأصول ، ويضربُ مع الغرماء بحصة التالف من الثمر ؟ على روايتين . وإن تلف بعضها ، فهو كتلف جميعها . وإن زادت ، أو بدا صلاحها ، فهذه زيادة متصلة في إحدى العينين ، وقد ذكرنا بيان حكمها .

الحال الثالث : أن يبيعه نخلاً قد أطلعت ، ولم تُؤبّر ، أو شجراً فيها ثمرة لم تظهر ، فهذه الثمرة تدخل في البيع المطلق ، فإن أفلس بعد تلف الثمرة ، أو تلف بعضها ، أو الزيادة فيها ، أو بدؤ صلاح ، فحكم ذلك حكم تلف بعض المبيع ، وزيادته المتصلة ، لأن البيع كان بمنزلة العين الواحدة ، ولهذا دخل الثمر في مطلق البيع ، بخلاف التي قبلها .

الحال الرابع : باعه نخلاً حائلاً ، فأطلعت ، أو شجراً ، فأثمر ، فذلك على أربعة أضرب :

أحدها : أن يُفلس قبل تأبيرها ، فالطلع زيادة متصلة تمنع الرجوع ، على قول الخرقبي كالسمن ، والكبير ، ويحتمل أن يرجع في النخل دون الطلع ، لأنه يمكن فصله ، ويصح إفراده بالبيع ، فهو كالْمُؤبّر ، بخلاف السمن ، والكبير ، وهذا قول ابن حامد ، وعلى رواية الميموني ، لا يمنع ، بل يرجع ، ويكون الطلع للبائع ، كما لو فسخ بعيب ، وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الثاني : يرجع في الأصل دون الطلع ، وكذلك عند رد العيب ، والأخذ بالشفعة .

الضرب الثاني : أفلس بعد التأبير ، وظهور الثمرة ، فلا يمنع الرجوع بغير خلاف ، والطلع للمشتري ، إلا على قول أبي بكر ، والصحيح الأول ، لأن الثمرة لا تنبُع في البيع الذي ثبت بتراضيهما ، ففي الفسخ الحاصل بغير رضى المشتري أولى ، ولو باعه أرضاً فارغة ، فزرعها المشتري : ثم أفلس ، فإنه يرجع في الأرض دون الزرع ، وجهاً واحداً ، لأن ذلك من فعل المشتري .

الضرب الثالث : أفلس والطلع غير مؤبّر ، فلم يرجع حتى أُبّر ، لم يكن له الرجوع ، كما لو أفلس بعد تأبيرها ، لأن العين لا تنتقل إلا باختيارها ، وهذا لم يخرها ، إلا بعد تأبيرها ، فإن ادعى البائع الرجوع قبل التأبير ، وأنكره المفلس ، فالقول قول المفلس مع يمينه . لأن الأصل بقاء ملكه . وعدم زواله ، وإن قال له البائع : بدت بعد التأبير ، وقال المفلس : بل قبله . فالقول قول البائع .

لهذه الالة . فإن شهد الغرماء للمفلس . لم تسمع شهادتهم . لأنهم يجرون إلى أنفسهم نعمًا . وإن شهدوا للبائع . وهم عدول . قبلت شهادتهم . لعدم التهمة .

الضرب الرابع : أفلس بعد أخذ الثمرة ، أو ذهبت بجائحة ، أو غيرها ، رجع البائع في الأصل ، والثمرة المشتري ، إلا على قول أبي بكر ، وكل موضع لا يتبع الثمر الشجر إذا رجع البائع فيه ، فليس له مطالبة المفلس بقطع الثمرة قبل أوان الجزاء ، وكذلك إذا رجع في الأرض . وفيها زرع للمفلس . فليس له المطالبة بأخذه قبل أوان الحصاد . لأن المشتري زرع في أرضه بحق . وطلبه على الشجر بحق . فلم يلزمه أخذه كما لو باع الأصل وعليه الثمرة . أو الزرع وليس على صاحب الزرع أجر . لأنه زرع في أرضه زرعًا تجب تبيقته ، فكأنه استوفى منفعة الأرض ، فلم يكن عليه ضمان ذلك .

إذا ثبت هذا فإن اتفق المفلس ، والغرماء على التبقية . أو القطع ، فلهم ذلك ، وإن اختلفوا ، فطلب بعضهم قطعه ، وبعضهم تبقيته ، نظرنا : فإن كان مما لا قيمة له مقطوعاً ، أو قيمته يسيرة ، لم يقطع ، لأن قطعه سببه ، وتضييع المال ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعته ، وإن كانت قيمته كثيرة ففيه وجهان :

أحدهما : يقدم قول من طلب القطع ، لأنه أخو ط ، فإن في تبقيته غرراً ، ولأن طالب القطع إن كان المفلس فهو يقصد تبرئة ذمته ، وإن كان الغرماء فهم يطلبون تعجيل حقوقهم ، وذلك حق لهم ، وهذا قول القاضي : وأكثر أصحاب الشافعي .

والثاني : يُنظر إلى ما فيه الحظ فيعمل به ، لأن ذلك أنفع لجيهم ، والظاهر سلامته ، ولهذا يجوز أن يزرع للوئى عليه ، وفيه وجه آخر أنه إن كان الطالب للقطع الغرماء ، وجبت إجابتهم ، لأن حقوقهم حالة ، فلا يلزمهم تأخيرها مع إمكان إيفائها ، وإن كان الطالب له المفلس دونهم ، وكان التأخير أحظ له ، لم يقطع ، لأنهم رضوا بتأخير حقوقهم . لحظ يحصل لهم وللمفلس ، والمفلس يطلب ما فيه ضرر بنفسه ، ومنع للغرماء من استيفاء القدر الذى يحصل من الزيادة بالتأخير ، فلا يلزم الغرماء إجابته إلى ذلك .

٣٣٨٣ (فصل) إذا أقر الغرماء بأن الزرع ، أو الطاع للبائع ، ولم يشهدوا به ، أو شهدوا به ، ولم يكونوا عدولاً ، أو لم يحكم بشهادتهم ، حلف للمفلس ، وثبت الطلع له ، ينفرد به دونهم ، لأنهم يقرّون أنهم لا حق لهم فيه ، فإن أراد دفعه إلى أحدهم ، وتخصيصه بمنه ، فله ذلك ، لإقرار باقهم بعدم حقهم فيه ، فإن امتنع ذلك الغريم من قبوله ، أُخبر على قبوله ، أو الإبراء من قدره من دينه ، فيقال له : إما أن تقبضه ، وإما أن تبرى من قدر ذلك من دينك ، وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه محكوم به للمفلس ، فكأن له أن يقضى دينه ، كما لو أدى المسكاتب إلى سيده نجوم كتابته ، فقال سيده : هذا حرام ، وأنكر

المُكَاتِب ، وإن أراد قسمة على الغرماء ، لزمهم قبوله ، أو الإبراء لذلك ، فإن قبضوا الثمرة بعينها ، لزمهم ردّ ما حصل لهم إلى البائع ، لأنهم يُقرّون له بها ، فلهزمهم دفعها إليه ، كما لو أقرّوا بعتق عبد في ملك غيرهم ، اشتروا منه . وإن باع الثمرة ، وفرّق ثمنها فيهم ، أو دفعه إلى بعضهم ، لم يلزمهم ردّ ما أخذوا من ثمنها ، لأنهم إنما اعترفوا بالعين ، لا بثمنها ، وإن شهد بعض الغرماء دون بعض ، أو أقرّ بعضهم دون بعض ، لزم الشاهد أو المقرّ الحكم الذي ذكرناه ، دون غيره ، وإن عرض عليهم المُفلس الثمرة بعينها ، فأبوا أخذها لم يلزمهم ذلك ، لأنه إنما يلزمهم الاستيفاء من جنس ديونهم ، إلا أن يكون فيهم مَنْ له جنس من الثمر ، أو الزرع ، كالمقرض ، أو المُسَلِّم ، فيلزمه أخذ ما عرض عليه ، إذا كان بصفة حقّه ، ولو أقرّ الغرماء بأنّ المُفلس أعتق عبداً له قبل فلسه ، فأنكر ذلك ، لم يُقبل قولهم ، إلا أن يشهد منهم عدلّان . ويكون حكمهم في قبض العبد ، أو أخذ ثمنه إن عرضة عليهم ، حكم ما لو أقرّوا بالثمن للبائع ، وكذلك إن أقرّوا بعين تمّا في يديه ، أنّها غصب ، أو عاربة ، أو نحو ذلك ، فالحكم كما ذكرنا سواء وإن أقرّوا بأنه أعتق عبده بعد فلسه ، انبنى ذلك على صحة عتق المُفلس ، فإن قلنا : لا يصحّ عتقه ، فلا أثر لإقراره ، وإن قلنا بصحّته ، فهو كإقرارهم بعتقه قبل فلسه ، وإن حكم الحاكم بصحّته . أو بفساده . نفذّ حكمه على كلّ حال لأنه فصلّ مجتهد فيه . فيلزم ما حكم به الحاكم ولا يجوز نقضه . ولا تغييره .

٣٣٨٣ (فصل) وإن صدّق المُفلسُ البائع في الرجوع قبل التأبير ، وكذّب به الغرماء ، لم يُقبل إقراره

لأنّ حقوقهم تعلّقت بالثمرة ظاهراً ، فلم يُقبل إقراره ؛ كما لو أقرّ بالنخيل . وعلى الغرماء اليمين أنّهم لا يعلمون أنّ البائع رجع قبل التأبير ، ولأنّ هذه اليمين لا ينوبون فيها عن المُفلس ، بل هي ثابتة في حقهم ابتداءً ، بخلاف ما لو ادّعى حقاً ، وأقام شاهداً ، فلم يحلف ، لم يكن للغرماء أن يحلفوا معه ، لأنّ اليمين تتمّ على المُفلس ، فلو حلفوا ، حلفوا ليثبتوا حقاً لغيرهم ، ولا يحلف الإنسان ليثبت لغيره حقاً ؛ ولا يجوز أن يكون نائباً فيها ، لأنّ الأيمان لا تدخلها النيابة ، وفي مسألتنا ، الأصل أن هذا الطلع قد تعلّقت حقوقهم به ، لكونه في يد غريمهم ومقتصل بنخله ، والبائع يدّعى ما يزيل حقوقهم عنه . فأشبهه سائر أعيان ما له ، ويحلفون على نفي العلم ، لأنه يمين على نفي الدّين عن اللّيت ، ولو أقرّ المُفلس بعين من أعيان ما له لأجنبي ، أو لبعض غرمائه ، فأنكره الغرماء ، فالقول قولهم ، وعليهم اليمين : أنّهم لا يعلمون ذلك . وكذلك لو أقرّ بغيرهم آخر ، يستحقّ مشاركتهم ، فأنكروه . فعليه اليمين أيضاً ، ويكون على نفي العلم لذلك ، وإن أقرّ أنّه أعتق عبده ، انبنى ذلك على صحّة عتق المُفلس ، فإن قلنا : يصحّ عتقه صحّ إقراره ، وعتق ، لأنّ من ملك شيئاً ملك الإفراج به ، ولأنّ الإفراج بالعتق يحصل به العتق ، فكأنّه أعتقه في الحال ، وإن قلنا : لا يصحّ عتقه لم يُقبل إقراره ، وكان على الغرماء اليمين أنّهم لا يعلمون ذلك ،

وكل موضع قلنا : على الغرماء اليمين ، فهو على جميعهم ، فإن حلفوا أخذوا ، وإن أنكروا قضى المدعى بما ادّعاه ، إلا أن نقول برد اليمين ، فتترد على المدعى ، فيحلف ، ويستحق . وإن حلف بعضهم دون بعض ، أخذ الحالف نصيبه . وحكم الفاعل ما ذكرناه .

٣٣٨٤ (فصل) ولما أقرّ المفلس أنه أعتق عبده منذ شهر ، وكان العبد قد اكتسب بعد ذلك مالا ، وأنكر الغرماء . فإن قلنا لا يقبل إقراره ، حلفوا ، واستحقوا العبد ، وكسبه . وإن قلنا يقبل إقراره لم يقبل في كسبه ، وكان للغرماء أن يحلفوا : أنهم لا يعلمون أنه أعتقه قبل الكسب ، وبأخذون كسبه . لأن إقراره إنما قبل في العتق دون غيره ، لصحته منه ، ولبنائه على التغليب ، والسرية ، فلا يقبل في المال ، لعدم ذلك فيه . ولأننا ، نزلنا إقراره منزلة إعتاقه في الحال ، فلا تنبئ له الحرية فيما مضى فيكون كسبه محكوماً به لسيده ، كما لو أقرّ بعتقه ، ثم أقرّ له بعين يده .

٣٣٨٥ (فصل) فإن كان المبيع أرضاً ، فبناها المشتري ، أو غرسها ، ثم أفلس ، فأراد البائع الرجوع في الأرض ، نظرت . فإن اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس ، والبناء ، فلهم ذلك . لأن الحق لهم ، لا يخرج عنهم . فإذا قلموه ، فللبائع الرجوع في أرضه ، لأنه وجد متاعه بعينه . قال أصحابنا . ويستحق الرجوع قبل القلع ، وهو مذهب الشافعي . ويحتمل أن لا يستحقه حتى يوجد القلع . لأنه قبل القلع لم يدرك متاعه إلا مشغولاً بملك المشتري . فأشبهه مالو كانت مسامير في باب المشتري فإن قلنا : له الرجوع قبل القلع ، فقلموه ، لزمهم تسوية الأرض من الحفر ، وأرّش نقص الأرض الحاصل به . لأن ذلك نقص حصل لتخليص ملك المفلس فكان عليه ، كما لو دخل فصيله دار إنسان ، وكبر ، فأراد صاحبه إخراجه ، فلم يمكن إلا بهدم بابها . فإن الباب يهدم ، ليخرج ، ويضمن صاحبه ما نقص ، بخلاف ما إذا وجد البائع عين ماله ناقصة فرجع فيها . فإنه لا يرجع في النقص ، لأن النقص كان في ملك المفلس ، وهمنا حدث بعد رجوعه في العين . فلهذا ضمنوه ، ويضرب بالنقص مع الغرماء ، وإن قلنا . ليس له الرجوع قبل القلع ، لم يلزمهم تسوية الحفر ، ولا أرّش النقص . لأنهم فعلوا ذلك في أرض المفلس قبل رجوع البائع فيها ، فلم يضمنوا النقص ، كما لو قلمه المفلس قبل قلعه ، فأما إن امتنع المفلس ، والغرماء ، من القلع ، فلهم ذلك ، ولا يحسبون عليه ، لأنه غرس . ومفهوم قوله عليه السلام « ليس لفرق ظالم حق » أنه إذا لم يكن ظالماً فله حق . فإن بذل البائع قيمة الغراس ، والبناء ، ليكون له السكل أو قال : أنا أقلع ، وأضمن ما نقص ، فإن قلنا : له الرجوع قبل القلع ، فله ذلك . لأن البناء ، والغراس حصل في ملكه لغيره بحق ، فكان له أخذه بقيمته ، أو قلعه ، وضمن نقصه ، كالشفيع إذا أخذ الأرض وفيها غراس ، وبناء للمشتري والمخير إذا رجع في أرضه بعد غرس المستعير . وإن قلنا : ليس له الرجوع

قبل القلع ، لم يكن له ذلك ، لأن بناء المفلس وغرسه في مِلْكِهِ فلم يجبر على بيعه لهذا البائع ، ولا على قلعه ، كما لو لم يرجع في الأرض . فأما إن امتنع البائع من بذل ذلك ، سقط حق الرجوع . وهذا قول ابن جامد ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وقال القاضي : يحتمل أن له الرجوع ، وهو القول الثاني للشافعي . لأنه أدرك متاعه بعينه ، وفيه مال المشتري على وجه القَبْع ، فلم ينفه ذلك الرجوع ، كالثوب إذا صبغه المشتري .

ولذا : أنه لم يدرك متاعه على وجه يُمْكِنُهُ أَخْذُهُ منفرداً عن غيره ، فلم يكن له أَخْذُهُ ، كالجَبَر في البناء ، والمسامير في الباب . ولأن في ذلك ضرراً على المشتري ، والغرماء ، ولا يزال الضرر بالضرر . ولأنه لا يحصل بالرجوع ههنا انقطاع النزاع ، والخصومة ، بخلاف ما إذا وجدها غير مشغولة بشيء . وأما الثوب إذا صبغه ، فلا نسلم أن له الرجوع ، فهو كسألفنا . وإن سألنا فالفرق بينهما من وجهين : أحدهما : أن الصبغ تفرق في الثوب ، فصار كالصفة فيه ، بخلاف البناء ، والغرس ، فإنه أعيان متميزة ، وأصل في نفسه .

والثاني : أن الثوب لا يراد للبناء ، بخلاف الأرض ، فإذا قلنا : لا يرجع ، فلا كلام ، وإن قلنا : يرجع ، فرجع ، واتفق الجميع على بيعهما ، وبيعاً لها ، وأخذ كل واحد بقدر حقه ، وإن امتنع أحدهما من البيع ، احتمل أن يجبر عليه ، كما لو كان للمبيع ثوباً ، فصبغه للمشتري . فإن الثوب يُباع لها ، كذا ههنا . ويحتمل أن لا يجبر . لأنه أمكن طالب البيع أن يبيع مِلْكَهُ مفرداً ، بخلاف الثوب المصبوغ . فإن بيعاً لها قسماً الثمن على قدر القيمتين ، فتقوم الأرض غير ذات شجر ، ولا بناء ، ثم تقوم وهما فيها ، فما كان قيمة الأرض بغير غراس ، ولا بناء ، فلا بائع يَسْتَحِقُّ ثَمَنُ الثَّن ، وما زاد فهو للمفلس ، والغرماء . وإن قلنا : لا يجبر الممتنع على البيع ، أو لم يطالب أحدهما بالبيع ، فاتفقا على كيفية كونهما بينهما ، جاز ما اتفقا عليه ، وإن اختلفا . كانت الأرض للبائع ، والغراس ، والبناء للمفلس ، والغرماء ، ولهم دخول الأرض نسق الشجر ، وأخذ الثمرة ، وليس لهم دخولها للتفرج ، ولغير حاجة . وللبائع دخولها للزرع ، ولما شاء ، لأن الأرض له ، ومِلْكُهُ ، وإن باعوا الشجر ، والبناء لإنسان ، فحسبهم في ذلك حكمهم . ولو بذل المفلس ، والغرماء ، أو المشتري منهم قيمة الأرض للبائع ، ليدفعها لهم ، لم يلزمه ذلك : لأن الأرض أصل فلا يجبر على بيعها ، بخلاف ما فيها من الغرس ، والبناء .

٣٣٨٦ (فصل) إذا اشترى غراساً فغرسه في أرضه ، ثم أفلس ، ولم يزد الغراس ، فله الرجوع فيه . لأنه أدرك متاعه بعينه . وإذا أخذه ، فعليه تسوية الأرض ، وأرش نقصها ، الحاصل بقلعه . لأنه نقص حصل بتخليص مِلْكِهِ من ملك غيره . وإن بذل المفلس ، والغرماء له قيمته ، لم يملكه بذلك ، (م ٤١ - المتن - راب)

لم يُجْبَرْ على قبولها . لأنه إذا اختار أخذ ماله ، وتفرغ ملكهم ، وإزالة ضرره عنهم ، لم يكن لهم منه ، كالمشتري إذا غرس في الأرض المشفوعة . وإن امتنع من القلع ، فبذلوا له القيمة لئلا يملكه المفلس ، أو أرادوا قلعه ، وضمنان النقص ، فلمهم ذلك ، وكذلك إذا أرادوا قلعه من غير ضمان النقص ، لأن المفلس إنما ابتاعه مقلوعاً ، فلم يجب عليه إبقاؤه في أرضه ، وقيل : ليس لهم قلعه من غير ضمان النقص ، لأنه غرس بحق . فأشبهه غرس المفلس في الأرض التي ابتاعها إذا رجع بائعها فيها . والفرق بينهما ظاهر . فإن إبقاء الغراس في هذه الصورة حق عليه ، فلم يجب عليه بقلعه ، وفي التي قبلها إبقاؤه حق له ، فوجب له بفراسه ، في ملكه ، فإن اختار بعضهم القلع ، وبعضهم التبقية ، قدّم قول من طالب القلع ، سواء كان المفلس ، أو الغرماء ، أو بعض الغرماء . لأن الإبقاء ضررٌ غير واجب ، فلم يلزم الممتنع منه الإجابة إنّه . وإن زاد الغراس في الأرض ، فهي زيادة متصلة ، تمنع الرجوع على قول الخريقي ، ولا تمنعه على رواية الميموني .

٣٣٨٧ (فصل) وإن اشترى أرضاً من رجل ، وغراساً من آخر . ففرسه فيها ، ثم أفلس ، ولم يزد الشجر ، فليكل واحد منهما الرجوع في عين ماله ، ولصاحب الأرض قلع الغراس من غير ضمان نقصه بالقلع ، على ما ذكرنا . لأن البائع إنما باعه مقلوعاً ، فلا يستحقه إلا كذلك . وإن أراد بائعه قلعه من الأرض ، فقلعه ، فعليه تسوية الحفر ، وضمن نقصها الحاصل به ، لما تقدّم ، وإن بذل صاحب الغراس قيمة الأرض ، لصاحبها لتملكها لم يُجْبَرْ على ذلك ، لأن الأرض أصل ، فلا يُجْبَرْ على بيعها تبعاً ، وإن بذل صاحب الأرض قيمة الغراس آتيملكه إذا امتنع من القلع ، فله ذلك لأن غرسه حصل في ملك غيره بحق . فأشبهه غرس المفلس في أرض البائع ، ويحتمل أن لا يملك ذلك ، لأنه لا يُجْبَرْ على إبقائه ، إذا امتنع من دفع قيمته ، أو أرش نقصه . فلا يكون له أن يتملكه بالقيمة ، بخلاف التي قبلها . والأولى أولى . وهذا ينتقض بفرض الفاصب .

٣٣٨٨ (فصل) الشرط الثالث : أن لا يكون البائع قبض من ثمنها شيئاً ، فإن كان قد قبض بعض ثمنها ، سقط حق الرجوع . وبهذا قال إسحاق ، والشافعي في القديم ، وقال في الجديد : له أن يرجع فيما قدر ما بقي من الثمن ، لأنه سبب ترجع به العين ، كلها إلى الماقد . فجاز أن يرجع به بعضها ، كالفرقة قبل الدخول في النكاح . وقال مالك : هو تخيير ، إن شاء رد ما قبضه ، ورجع في جميع العين ، وإن شاء حاص ، الغرماء ولم يرجع .

ولنا : ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن ، عن أبي هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أَيُّمَا رَجُلٍ بَاعَ سِلْعَةً ، فَأَذْرَكَ سِلْعَتَهُ بِمَعِينِهَا عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ ، وَلَمْ يَكُنْ قَدْ قَبِضَ مِنْ ثَمَنِهَا

شَيْئًا ، فَهِيَ لَهُ . وَإِنْ كَانَ قَدْ قَبِضَ مِنْ نَمْنَمًا قَهْوُ أَسْوَدَ الْغُرْمَاءِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه ، والدارقطني . ولأنَّ في الرجوع نَسْطَ مَا بَقِيَ تَبَعِيضًا لَلصَّفَقَةِ عَلَى الْمُشْتَرَى ، وإِضْرَارًا بِهِ ، وليس ذلك لَلْبَائِعِ ، فَإِنْ قِيلَ : لِإِضْرَارِهِ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ ، لَأَنَّ مَالَهُ يُبَاعُ ، ولا يَبْقَى لَهُ ، فيزُولُ عَنْهُ الضَّرَرُ ، قلنا . لا يَنْدَفِعُ الضَّرَرُ بِالْبَيْعِ ، فَإِنَّ قِيَمَتَهُ تَنْقُصُ بِالتَّشْقِيقِ ، ولا يُرْغَبُ فِيهِ مُشَقَّصًا ، فيتَضَرَّرُ الْمُفْلِسُ ، والغُرْمَاءُ بِنَقْصِ الْقِيَمَةِ ، ولأنَّه سَبَبٌ يَفْسَخُ بِهِ الْبَيْعُ ، فلم يَحْزُ تشْقِيقُهُ ، كَارِدًا بِالْعَيْبِ ، والخِيَارِ ، وقياسُ الْبَيْعِ عَلَى الْبَيْعِ أَوَّلَى مِنْ قِيَاسِهِ عَلَى النَّكَاحِ ، ولا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الْمُبِيعِ عَيْنًا وَاحِدَةً ، أَوْ عَيْنَيْنِ ، لما ذَكَرْنَا مِنَ الْحَدِيثِ ، وَبَعْنَى . فإِنْ قِيلَ : حَدِيثُكُمْ يَرْوِيهِ أَبُو بَكْرٍ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنْ النَّبِيِّ ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُرْسَلًا ، وَلَا حُجَّةَ فِي الْمُرَاسِيلِ . قلنا . قد رَوَاهُ مَالِكٌ ، وَمُوسَى بْنُ عُثْمَانَ ، عَنْ الزَّهْرِيِّ ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ ابْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ، كَذَلِكَ ذَكَرَهُ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ، وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَابْنُ مَاجَةَ ، والدارقطني فِي سَنَنِهِمْ مُتَّصِلًا ، فَلَا يَضُرُّ إِسْرَافُ مَنْ أَرْسَلَهُ ، فَإِنْ رَاوَى الْمُسْنَدَ مَعَهُ زِيَادَةً لَا يَمَارِضُهَا تَرْكُ مُرْسَلِ الْحَدِيثِ لَهَا ، وَعَلَى أَنَّ الْمُرْسَلَةَ حُجَّةٌ ، فَلَا يَضُرُّ إِسْرَافُهُ .

٣٣٨٩ (فصل) الشرط الرابع : أن يكون تعلق بها حق الغير ، فإن رهنها المشتري ، ثم أفلس ، أو وهبها ، لم يملك البائع الرجوع ، كما لو باعها ، أو أعتقها ، ولأنَّ في الرجوع إِضْرَارًا بِالْمُرْتَهِنِ ، ولا يُزَالُ الضَّرَرُ بِالضَّرَرِ ، ولأنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ « مَنْ وَجَدَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ قَهْوُ أَحَقُّ بِهِ » وهذا لم يجدْهُ عِنْدَ الْمُفْلِسِ . ولا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ، فَإِنْ كَانَ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ دُونَ قِيَمَةِ الرِّهْنِ ، يَبِيعُ كُلَّهُ ، فَقَضَى مِنْهُ دَيْنُ الْمُرْتَهِنِ ، والْبَاقِي يُرَدُّ عَلَى سَائِرِ مَالِ الْمُفْلِسِ ، وَيَشْتَرِكُ الْغُرْمَاءُ فِيهِ ، وَإِنْ يَبِيعُ بَعْضُهُ ، فَبَاقِيهِ يَبِيعُهُمْ ، يُبَاعُ لَهُمْ أَيْضًا ، ولا يَرْجَعُ بِهِ الْبَائِعُ . قَالَ الْقَاضِي : لَهُ الرُّجُوعُ بِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، لِأَنَّهُ عَيْنُ مَالِهِ ، لم يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ غَيْرُهُ .

ولنا : أَنَّهُ لَمْ يَجِدْ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ ، فلم يَكُنْ لَهُ أَخْذُهُ ، كما لو كَانَ الدَّيْنُ مُسْتَفْرَقًا لَهُ ، وما ذَكَرَهُ الْقَاضِي لَا يَخْرُجُ عَلَى الْمَذْهَبِ ، لِأَنَّ تَلَفَ بَعْضِ الْمُبِيعِ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ ، فَكَذَلِكَ ذَهَابُ بَعْضِهِ بِالْبَيْعِ . وَلَوْ رَهْنُ بَعْضِ الْعَبْدِ ، لم يَكُنْ لِلْبَائِعِ الرُّجُوعُ فِي بَاقِيهِ ، لما ذَكَرْنَا ، وَإِنْ كَانَ الْمُبِيعُ عَيْنَيْنِ فَرَهْنُ إِحْدَاهُمَا ، فَمَلَّ يَمْلِكُ الْبَائِعُ الرُّجُوعَ فِي الْأُخْرَى ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى الرِّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا تَلَفَتْ إِحْدَى الْعَيْنَيْنِ . وَإِنْ فَكَّ الرِّهْنَ قَبْلَ قَاسِ الْمُشْتَرَى ، أَوْ أَمْرًا مِنْ دَيْنِهِ ، فَلَا بَائِعَ الرُّجُوعِ ، لِأَنَّهُ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ الْمُشْتَرَى ، وَإِنْ أَفْلَسَ وَهُوَ رَهْنٌ ، فَأَمْرًا لِلْمُرْتَهِنِ الْمُشْتَرَى مِنْ دَيْنِهِ ، أَوْ قَضَى الدَّيْنَ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَا بَائِعَ الرُّجُوعِ أَيْضًا ، كَذَلِكَ .

٣٣٩٠ (فصل) وإن كان عبدا ، ففلس المشتري بعد تعلق أرض الجفاية بَرَقَبَتِهِ ، ففيه وجهان :

أحدهما : ليس للبائع الرجوع . لأنّ تعلّق الرهن به يمنع الرجوع . وأرّشُ الجناية يُقدّم على حقّ المرتهن ، فأولى أن لا يرجع ، ذكره أبو الخطاب .

والثاني : لا يمنع الرجوع فيه . لأنّه حقّ لا يمنع تصرف المشتري فيه ، فلم يمنع الرجوع ، كالدين في ذمّته . وفارق الرهن ، فإنّه يمنع تصرف المشتري فيه ، فإن قلنا : لا يرجع فحكمه حكم الرهن ، وإن قلنا : له الرجوع ، فهو مخير ، إن شاء رجّع فيه ناقصاً بأرّش الجناية ، وإن شاء صرّب بثمنه مع الفُرْماء ، ومن أبرأ الغريم من الجناية ، فللبائع الرجوع فيه . لأنّه وجد متاعه بعينه خالياً من تعلّق حقّ غيره به .

٣٣٩١ (فصل) وإن أفلس بعد خروج المبيع من ، مِلْكَه ، يبيع ، أو هَبَه أو وَفَّي ، أو عتق ، أو غير ذلك ، لم يسكن للبائع الرجوع ، لأنّه لم يدرك متاعه بعينه عند المفلس ، سواء كان المشتري يسكنه استرجاعه بخيار له ، أو عَيِّب في ثمنه ، أو رجوعه في هَبَه ولده ، أو غير ذلك ، لما ذكرنا . وخروج بعضه كخروج جميعه ، لما تقدّم . فإن أفلس بعد رجوع ذلك إلى مِلْكَه ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : له الرجوع ، للخبر ، ولأنّه وجد عين ماله خالياً عن حقّ غيره ، أشبه ما لو لم يبعه .
والثاني : لا يرجع . لأنّ هذا الملاك لم ينتقل إليه منه ، فلم يملك فسخّنه . ذكر أصحابنا هذين الوجهين .
ولأصحاب الشافعيّ مثل ذلك .

والثالث : إن عاد إليه بسبب جديد ، كبيع ، أو هَبَه ، أو إرث ، أو وصيّة ، أو نحو ذلك ، لم يسكن للبائع الرجوع ، لأنّه لم يصر إليه من جهته ، وإن عاد إليه بفسخ ، كالإفالة ، والردّ بعيب ، أو خيار ، ونحو ذلك . فللبائع الرجوع ، لأنّ هذا الملاك استند إلى السبب الأوّل ، فإنّ فسخ العقد الثاني لا يقتضي ثبوت الملاك ، وإنما أزال السبب المزِيل للملك البائع ، فثبت الملك بالسبب الأوّل ، فمكّ استرجاع ما ثبت الملك فيه ببيعته .

٣٣٩٢ (فصل) وإن كان المبيع شَقْصاً مَشْفُوعاً ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : البائع أحقّ به . هذا قول ابن حامد ، للخبر ، ولأنّه إذا رجّع فيه عاد الشَّقْصُ إليه ، فزال الضرر عن الشفيع ، لأنّه عاد كما كان قبل البيع ، ولم تتجدّد شركة غيره .

والثاني : أن الشفيع أحقّ . ذكره أبو الخطاب ، لأنّ حقّه أسبق ، فكان أولى ، بيانه : أن حقّ البائع ثبت بالخبر ، وحقّ الشفيع ثبت بالبيع ، ولأنّ حقه آكد ، لأنّه يستحقّ انتزاع الشَّقْصِ من المشتري ، ومن نقله إليه ، وحقّ البائع إنما يتعلّق بالعين ، مادامت في يد المشتري ، ولا يزول الضرر عنه برده إلى البائع ، بدليل ما لو باعه المشتري لبائعه ، أو وهبه إياه ، أو أقاله ، لم يسقط حقّ الشفيع ، ولأنّ البائع إنما يستحقّ الرجوع في عين لم يتعلّق بها حقّ الغير ، وهذه قد تعلّق بها حقّ الشفيع .

الوجه الثالث : أن الشفيع إن كان طَالَبَ بالشفعة ، فهو أحقُّ ، لأنَّ حقَّه تأكُّدٌ هنا بالمطالبة ، وإن كان لم يُطالب بها ، فالْبائعُ أولى . ولأصحاب الشافعي وجهان كالأوليين ، ولهم وجه ثالث : أن الثمن يؤخذ من الشفيع ، فيختصُّ به البائعُ ، جمعاً بين الحقتين ، فإنَّ غرض الشفيع في عين الشَّقْصِ المشفوع ، وغرض البائع في ثمنه ، فيحصلُ ذلك بما ذكرنا ، وليس هذا جيِّداً لأنَّ حقَّ البائع إنما ثبت في العين ، فإذا صار الأمرُ إلى وجوب الثمن ، تعلقَ بذمَّته ، فساوى الغرماء فيه .

٣٣٩٣ (فصل) وإن كان المبيع صيداً ، فأفلس المشتري ، والبائع مُحْرَمٌ ، لم يرجع فيه ، لأنَّه تملك للصيِّد فلم يُحرِّز مع الإحرام ، كشراء الصيد ، وإن كان البائع حلالاً في الحرم ، والصيدُ في الحلِّ ، فأفلس المشتري ، فللبائع الرجوعُ فيه ، لأنَّ الحرم إنما يحرمُ الصيدُ الذي فيه . وهذا ليس من صيده ، فلا يحرمُ ، ولو أفلس الحرمُ وفي مِلْكِهِ صيدٌ . يائمه حلالٌ ، فله أخذه ، لأنَّ المانع غيرُ موجود في حقِّه .

٣٣٩٤ (فصل) وإذا أفلس وفي يده عينُ مالٍ دينُ بائعها مؤجَّلٌ ، وقلنا : لا يحلُّ الدينُ بالفلس فقال أحدُ في رواية الحسن بن ثواب : يسكون ماله موقوفاً إلى أن يحلَّ دينه ، فيختار البائع الفسخَ ، أو الترك ؟ وهذا قولُ بعض أصحاب الشافعي . والمنصوصُ عن الشافعي : أنه يُباع في الديون الحالة ، ويتخرَّج لنا مثلُ ذلك ، لأنها حقوقٌ حالَّةٌ ، فقدِّمت على الدين المؤجَّل ، كدينٍ من لم يجد عين ماله ، وللأول الخبرُ ، ولأنَّ حقَّ هذا البائع تعلق بالعين ، فندم على غيره ، وإن كان مؤجَّلاً ، كالرهن ، والجنى عليه .

٣٣٩٥ (فصل) قال أحدُ في رجل ابتاع طعاماً نسيئةً ، ونظر إليه ، وقلَّبه ، وقال : أقبضه غداً فأت البائع . وعليه دينٌ . فالطعامُ للمشتري . وبقبضه الغرماء في الثمن . وإن كان رخصياً . وكذلك قال الثوري ، وإسحاق : لأنَّ المالك ثبت للمشتري فيه بالشراء ، وبزوال مِلْكِ البائع عنه ، فلم يُشاركه غرماء البائع فيه ، كالمقبض .

الشرط الخامس : أن يسكون المُفلس حَيًّا ، وبأني شرح ذلك في آخر الباب ، إن شاء الله تعالى .

٣٣٩٦ (فصل) ورجوع البائع في المبيع فسخٌ للمبيع ، لا يحتاجُ إلى معرفة المبيع ، ولا القدرة على تسليمه ، ولا اشتباه المبيع بغيره ، فلو رجع في المبيع الغائب بعد مُضَيِّ مدَّةٍ بتغيُّر فيها ، ثم وجده على حاله لم يتلف شيء منه ، صحَّ رجوعه . وإن رجع في العبد بعد إباحة ، أو أُلجِّل بعد شُرُودِهِ ، أو الفرس العائِرُ ^(١) صحَّ ، وصار ذلك له . فإن قدر عليه أخذه ، وإن ذهب كان من ماله ، وإن تبين أنه كان تالفاً حين

(١) العائِرُ : الذاهب الذي انفت من صاحبه ، فهو كالجمل الشارد .

استرجاعه . لم يصحّ استرجاعه . وكان له أن يضرب مع الغرماء في الموجود من ماله . وإن رجع في المبيع ، واشتبه بغيره ، فقال البائع : هذا هو المبيع ، وقال المفلس : بل هذا ، فانقول قول المفلس . لأنه مُنْكَر لا استحقاق ما ادّعاء الدائع ، والأصل معه .

٣٣٩٧ « مسألة » قال ﴿ ومن وجب له حقّ بشاهد ، فلم يحلف ، لم يكن للغرماء أن يخافوا معه ، ويستحقّوا ﴾ .

وجملة ذلك : أن المفلس في الدعوى كغيره ، فإذا ادّعى حقاً له به شاهد عدل ، وحلف مع شاهده ، ثبت المال ، وتعلقت به حقوق الغرماء . وإن امتنع لم يُجْبَرْ ، لأننا لا نعلم صدق الشاهد ، ولو ثبت الحقّ بشهادته ، لم يحتج إلى يمين معه ، فلا يُجْبَرُ على الحلف على مالا يعلم صدقه ، كغيره ، فإن قال الغرماء : نحن نخلص مع الشاهد ، لم يكن لهم ذلك ، وبهذا قال الشافعي في الجديد ، وقال في القديم : يخلفون معه ، لأن حقوقهم تعلقت بالمال ، فكان لهم أن يخافوا ، كالورثة يخافون على مال موروثهم .

ولنا أنهم يُثْبِتُونَ ملكاً لغيرهم ، لتعلق حقوقهم به بعد ثبوته ، فلم يحز لهم ذلك ، كالمرأة تحلف لإثبات ملك لزوجها ، لتعلق نفقتها به ، وكالورثة قبل موت موروثهم وفارق ما بعد الموت ، فإن المال انتقل إليهم ، وهم يُثْبِتُونَ بأيامهم ملكاً لأنفسهم .

٣٣٩٨ « مسألة » قال ﴿ وإذا كان على المفلس دين مؤجل لم يحل بالتفليس ، وكذلك في الدين الذي على الميت إذا وثق الورثة ﴾

وجملته : أن الدين المؤجل لا يحل بفلس من هو عليه ، رواية واحدة . قاله القاضي ، وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى . أنه يحل ، وبه قال مالك ، وعن الشافعي كالذهبيين ، واحتجوا بأن الإفلاس يتعلق به الدين بالمال ، فاسقط الأجل كال موت .

ولنا : أن الأجل حق للمفلس ، فلا يسقط بفلسه كسائر حقوقه ، ولأنه لا يُوجِبُ حلول ماله ، فلا يُوجِبُ حلول ما عليه ، كالجنون ، والإغماء . ولأنه دين مؤجل على حيّ فلم يحل قبل أجله ، كغير المفلس ، ولا نسلم أن الدين يحل بالموت ، فهو كسائر الحقوق ، وإن سلمنا ، فالفرق بينهما أن ذمته خربت ، وبطلت ، بخلاف المفلس ، إذا ثبت هذا : فإنه إذا حُجِرَ على المفلس ، فقال أصحابنا : لا يُشَارِكُ أصحاب الديون المؤجلة غرماء الديون الحالية ، بل يُقَسَّمُ المال الموجود بين أصحاب الديون الحالية ، ويبقى المؤجل في الذمة إلى وقت حلوله ، فإن لم يقسم الغرماء حتى حل الدين ، شارك الغرماء ، كما لو تجدد على المفلس دين بجنايته ، وإن أدرك بعض المال قبل قسمه ، شاركهم فيه ، ويضرب فيه بجميع دينه ، ويضرب سائر الغرماء ببقية ديونهم ، وإن قلنا : إن الدين يحل فإنه يضرب مع الغرماء بدينه ، كغيره من أرباب الديون الحالية ،

فأما إن مات وعليه ديون مؤجلة ، فهل يحل بالموت فيه روايتان :

إحداها : لا يحل إذا وثق الورثة ، وهو قول ابن سيرين ، وعبيد الله بن الحسن وإسحاق ، وأبي عبيد ، وقال طاوس ، وأبو بكر بن محمد ، والزهرى ، وسعيد بن إبراهيم : الدين إلى أجله ، وحكى ذلك عن الحسن .

والرواية الأخرى : أنه يحل بالموت ، وبه قال الشعبي ، والنخعي ، وسوار ، ومالك ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . لأنه لا يخلو : إما أن يبقى في ذمة الميت ، أو الورثة ، أو يتعلق بالمال ، لا يجوز بقاؤه في ذمة الميت ، لخربها ، وتمذر مطالبتها بها . ولأذمة الورثة ، لأنهم لم يلتزموها ، ولا رضى صاحب الدين بذمهم ، وهي مختلفة متباينة . ولا يجوز تعليقه على الأعيان ، وتأجيله ، لأنه ضرر بالميت ، وصاحب الدين ، ولا نفع للورثة فيه . أما الميت ، فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « الميت مرتين بدنه حتى يقضى عنه » وأما صاحبه ، فيتأخر حقه ، وقد تنافى الدين ، فيسقط حقه ، وأما الورثة ، فإنهم لا ينتفعون بالأعيان ، ولا يتصرفون فيها . وإن حصات لهم منفعة ، فلا يسقط حظ الميت ، وصاحب الدين ، لمنفعة لهم .

ولنا : ما ذكرنا في المفلس ، ولأن الموت ما جعل مبطلاً للحقوق ، وإما هو ميقات للخلافة ، وعلامة على الورثة وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ تَرَكَ حَقًّا أَوْ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ » وما ذكره إثبات حكم بالمصاحبة المرسلة ، ولا يشهد لها شاهد الشرع ، باعتبار ، ولا خلاف في فساد هذا ، فعلى هذا يبقى الدين في ذمة الميت ، كما كان ، ويتعلق بعين ماله ، كمتعلق حقوق الغرماء بمال المفلس عند الحجر عليه . فإن أحب الورثة أداء الدين ، والتزامه للغريم ، ويتصرفون في المال ، لم يكن لهم ذلك ، إلا أن يرضى الغريم ، أو يؤثقا الحق بضمين ملىء ، أو رهن يثق به ، لو فاء حقه ، فإنهم قد لا يكونون أملياء^(١) ، ولم يرض بهم الغريم ، فيؤدى إلى فوات الحق . وذكر القاضى : أن الحق ينتقل إلى ذم الورثة بموت مورثهم من غير أن يشترط التزامهم له ، ولا ينبغى أن يلزم الإنسان دين لم يلتزمه ، ولم يتعاط سببه ، ولو لزمهم ذلك لموت مورثهم ، للزمهم ، وإن لم يخاف وفاء ، وإن قلنا : إن الدين يحل بالموت ، فأحب الورثة القضاء من غير التركة ، واستخلاص التركة ، فلهم ذلك ، وإن قضوا منها ، فلهم ذلك ، وإن امتنعوا من القضاء ، باع الحاكم من التركة ما يقضى به الدين ، وإن مات مفلس ، وله غرماء ، بعض ديونهم مؤجل ، وبعضها حال ، وقلنا : المؤجل يحل بالموت ، وتساووا في التركة ، فاقتسموها على قدر

(١) أملياء : جمع ملىء ، وهو الغنى القادر على سداد الدين .

ديونهم ، وإن قلنا : لا يحل بالموت ، نظرنا : فإن وثق الورثة لصاحب الموجل ، اختص أصحاب الحال بالتركة ، وإن امتنع الورثة من التوثيق ، حل دينه ، وشارك أصحاب الحال ، لثلاً يفضى إلى إسقاط دينه بالسكائية .

٣٣٩٩ (فصل) حكى بعض أصحابنا فمن مات وعليه دين : هل يمتنع الدين نقل التركة إلى الورثة ؟ روايتين :

(إحداها) لا يمنعه ، للخبر ، ولأن تعلق الدين بالمال لا يزيل الملك في حق الجاني ، والراهن ، والمفلس ، فلم يمنع نقله ، فإن تصرف الورثة في التركة ببيع ، أو غيره ، صح تصرفهم ، ولزمهم أداء الدين ، فإن تمذّر وفاؤه ، فسبح تصرفهم ، كما لو باع السيد عبده الجاني ، أو النصاب الذى وجبت فيه الزكاة .

(والرواية الثانية) يمنع نقل التركة إليهم ، لقول الله تعالى (٤ : ١١) مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ (فجعل التركة للوارث من بعد الدين والوصية ، فلا يثبت لهم الملك قبلها . فعلى هذا : لو تصرف الورثة ، لم يصح تصرفهم ، لأنهم تصرفوا في غير ملكهم ، إلا أن يأذن الفرءاء لهم ، وإن تصرف الفرءاء ، لم يصح ، إلا بإذن الورثة .

٣٤٠٠ « مسألة » قال في وكل ما فعله المفلس في ماله قبل أن يقفه الحاكم خائز .

يعنى : قبل أن يحجر عليه الحاكم ، فنبدأ بذكر سبب الحجر فنقول : إذا رفع إلى الحاكم رجل عليه دين ، فسأل غرماؤه الحاكم الحجر عليه ، لم يجبرهم حتى تثبت ديونهم باعترافه ، أو ببيّنة ، فإذا ثبتت نظر في ماله : فإن كان وافياً بدينه ، لم يحجر عليه ، وأمره بقضاء دينه ، فإن أبى ، حبسه ، فإن لم يقضه وصبر على الحبس ، قضى الحاكم دينه من ماله ، وإن احتاج إلى بيع ماله في قضاء دينه ، باعه ، وإن كان ماله دون دينه ، وديونه مؤجلة ، لم يحجر عليه ، لأنه لا تستحق مطالبته بها ، فلا يحجر عليه من أجلها ، وإن كان بعضها مؤجلاً ، وبعضها حالاً ، وماله يفي بالحال ، لم يحجر عليه أيضاً ، كذلك . وقال بعض أصحاب الشافعى : إن ظهرت أمارات الفلاس ، لكون ماله يلازم دينه ، ولا نفقة له إلا من ماله ، فقيه وجهان :

أحدهما : يحجر عليه . لأن الظاهر أن ماله يعجز عن ديونه ، فهو كما لو كان ماله ناقصاً . ولنا أن ماله وافٍ بما يلزمه أدائه ، فلم يحجر عليه كما لو لم تظهر أمارات انقاس ، ولأن الفرءاء ، لا يمكنهم طلب حقوقهم في الحال ، فلا حاجة إلى الحجر ، وأما إن كانت ديونه حائلة يعجز ماله عن أدائها ، فسأل غرماؤه

الحجر عليه ، لزمته إجابتهم ، ولا يجوز الحجر عليه بغير سؤال غرمائه ، لأنه لا ولاية له في ذلك ، وإنما يفعله إحقّ الغرماء ، فاعتبر رضاهم به . وإن اختلفوا ، فطالب بعضهم دون بعض ، أجيب من طلب ، لأنه حق له ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وقال أبو حنيفة : ليس للحاكم الحجر عليه ، فإذا أدّى اجتهاده إلى الحجر عليه ، ثبت ، لأنه فصل مجتهد فيه ، وليس له التصرف في ماله ، لأنه لا ولاية عليه ، إلا أن الحاكم يجبره على البيع ، إذا لم يمكن الإيفاء بدونه ، فإن امتنع ، لم يبعه ، وكذلك لم امتنع الموصي من وفاء الدين ، لا يبيع ماله ، وإنما يحبس لبيع نفسه ، إلا أن يكون عليه أحد النقيدين ، وماله من النقد الآخر ، فيدفع الدرام عن الدنانير ، والدنانير عن الدراهم . لأنه رشيد لا ولاية عليه ، فلم يجوز للحاكم بيع ماله بغير إذنه ، كالذي لا دين عليه ، وخالفه أصحابه في ذلك ، ولنا ما روى كعب بن مالك « أن النبي صلى الله عليه وسلم حجّر على معاذ ، وباع ماله في دينه » رواه الخلال بأسناده . وروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه : أنه خطب الناس ، وقال : ألا إن أسيف جبهة قد رضى من دينه وأمانته بأن يقال : سبق الحاج^(١) ، فإذ أن معرضاً فأصبح وقد رين به فن كان له عليه مال فليحضر غداً ، فإذا بائعوا ماله ، وقاسموه بين غرمائه . ولأنه محجور عليه ، محتاج إلى قضاء دينه ، فجاز بيع ماله بغير رضاه ، كالصغير ، والسفيه ، ولأنه نوع مال ، فجاز بيعه في قضاء دينه ، كالأثمان وقياضهم يبطل ببيع الدراهم بالدنانير . إذا ثبت هذا : عدنا إلى مسألة الكتاب ، فنقول : ما فعله الفلاس قبل حجر الحاكم عليه من بيع ، أو هبة ، أو إقرار ، أو قضاء بعض الغرماء ، أو غير ذلك ، فهو جائز نافذ : وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي ، ولا نعلم أحداً خالفهم . ولأنه رشيد غير محجور عليه ، فنفذ تصرفه ، كغيره ، ولأن سبب المنع الحجر ، فلا يتقدم سببه ، ولأنه من أهل التصرف . ولم يجبر عليه . فأشبهه المولى . وإن أكرى جملاً بعيته . أو داراً . لم تنفسخ إجارته بالفلس . وكان المسكنرى أحق به ، حتى تنقضى مدته .

(١) في رواية أخرى لهذا الحديث (ألا إن الأسيف أسيف جبهة قد رضى من دينه وأمانته بأن يقال : سابق الحاج) والأسيف تصغير أسفع ، وهو المتغير لونه أو الذي فيه سواد مشرب بحمرة ، ومعنى سابق الحاج أو سبق الحاج ، أنه يسبق في الحج ويبادر إليه ، وقوله ادان يعنى : استدان ، أصلها ادتان ، افعل من الدين فقلت التاء دالا لأن تاء الافعال يجوز قلبها دالا في مثل هذه الكلمة ، ومعرضاً ، قيل معناه معرضاً لكل أحد يستدين منه وقيل معرضاً يعنى عمن ينصحه بعدم الإستدانة ، وقيل معرضاً عن أداء ديونه تاركاً لها وراء ظهره ، ومعنى رين به ، أحاط الدين بماله وأصل الرين التغطية ، قال تعالى « كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يفعلون » أى غطاها وحجبها ، وهما الدين غطى كل ماله .

٣٤٠١ (فصل) ومتى حُجِرَ عليه لم ينفذ تصرفه في شيء من ماله ، فإن تصرف يبيع ، أو هبة أو وقف ، أو أصدق امرأة مالا له ، أو نحو ذلك ، لم يصح ، وبهذا قال مالك ، والشافعي في قول ، وقال في آخر : بقت تصرفه ، فإن كان فيما بقي من ماله وفاة الغرماء ، نفذ ، وإلا بطل .

ولنا : أنه محجور عليه بحكم حاكم ، فلم يصح تصرفه . كالسفيه . ولأن حقوق الغرماء تعلقت بأعيان ماله ، فلم يصح تصرفه فيها ، كالرهونة . فأما إن تصرف في ذمته ، فاشتري ، أو افترض ، أو تكفل ، أو صح تصرفه . لأنه أهل للتصرف ، وإنما وجد في حقه الحجر : والحجر إنما يمتلئ بماله ، لا بذمته ، ولكن لا يشارك أصحاب هذه الديون . الغرماء ، لأنهم رضوا بذلك ، إذ علموا أنه مفلس ، وعاملوه ، ومن لم يعلم فقد فرط في ذلك ، فإن هذا في مظنة الشهرة ، ويتبع بها بعد فك الحجر عنه ، وإن أفر بدين لزمه بعد فك الحجر عنه ، نص عليه أحمد ، وهو قول مالك ، ومحمد بن الحسن ، والثوري ، والشافعي في قول ، وقال في الآخر : يشاركونهم ، واختاره ابن المنذر . لأنه دين ثابت ، مضاف إلى ما قبل الحجر ، فيشارك صاحبه الغرماء ، كما لو ثبت بيئنة .

ولنا : أنه محجور عليه ، فلم يصح إقراره فيما حُجِرَ عليه فيه ، كالسفيه ، أو كالراهن بقر على الرهن . ولأنه إقرار يبطل بثبوت حق غير المقر ، فلم يقبل ، أو إقرار على الغرماء ، فلم يقبل ، كإقرار الراهن ، ولأنه منهم في إقراره ، فهو كالإقرار على غيره ، وفارق البيئنة ، فإنه لا تهممة في حقها ، ولو كان المفلس صانعا كالقصار^(١) ، والحائك ، في يديه متاع ، فأقر به لأربابه ، لم يقبل إقراره ، والقول فيها كالتى قبلها ، وتباع العين التى في يديه ، وتقسّم بين الغرماء ، وتكون قيمتها واجبة على المفلس ، إذا قدر عليها . لأنها صُرِفَتْ في دينه ، بسبب من جهته ، فكانت قيمتها عليه ، كما لو أذن في ذلك ، وإن توجهت على المفلس يمين ، فنكّل عنها ، فقضى عليه ، فحكمه حكم إقراره ، يلزم في حقه ، ولا يخص الغرماء .

٣٤٠٢ (فصل) وإن أعتق المفلس بعض رقيقه ، فهل يصح ؟ على روايتين :

إحداها : يصح ، وينفذ ، وهو قول أبي يوسف ، وإسحاق ، لأنه عتق من مالك . رشيد ، فنفذ كما قبل الحجر ، ويفارق سائر التصرفات ، لأن العتق تغليباً وسراية ، ولهذا يسرى إلى ذلك الغير ، ويسرى وقفه ، بخلاف غيره .

والرواية الأخرى : لا ينفذ عتقه ، وبهذا قال مالك ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والشافعي ، واختاره

(١) القصار : الصباغ الذى يصنع الثياب ، والحائك : الخياط .

أبو الخطاب في رموس السائل ، لأنه ممنوع من التبرع ، لحقَّ الغرماء ، فلم ينفذ عتقه ، كالمرضى الذى يستغرق دينه ماله ، ولأنَّ الفلاس محجورٌ عليه فلم ينفذ عتقه ، كالسفيه ، وفارق المطلق ، وأما سرايته إلى ملك الغير ، فمن شرطه أن يكون مؤسراً ، يؤخذ منه قيمة نصيب شريكه ، فلا يتضرر ، ولو كان مُعسراً لم ينفذ عتقه إلا فيما يملك ، صيانةً لحقَّ الغير ، وحفظاً له عن الضياع ، كذا ههنا ، وهذا أصحَّ إن شاء الله تعالى .

٣٤٠٣ (فصل) وبُستحبَّ إظهار الحجر عليه ، لتجنب معاملته ، كيلا يستغفر الناس بضياع أموالهم عليه ، والإشهاد عليه ، لينتشر ذلك عنه ، وربما عزل الحاكم أو مات ، فيثبت الحجر عند الآخر ، فيمضيه ، ولا يحتاج إلى ابتداء حجر ثانٍ .

٣٤٠٤ (فصل) وإن ثبت عليه حقٌّ بيئته شارك صاحبه الغرماء ، لأنه دينٌ ثابت قبل الحجر عليه ، فأشبهه ما لو قامت البيئته به قبل الحجر ، ولو جنى المُفلس بعد الحجر جنابةً أوجبت مالاً شارك الجنىُّ عليه الغرماء ، لأنَّ حقَّ الجنىُّ عليه ثبت بغير اختياره ، ولو كانت الجنابة موجبةً لاقتصاص ، فعفا صاحبها عنها إلى مالٍ ، أو صالحه المُفلسُ على مالٍ شارك الغرماء ، لأنَّ سببه ثبت بغير اختيار صاحبه ، فأشبهه ما لو أوجبت المال ، فإن قيل : ألا قدَّمتم حقه على الغرماء ، كما قدَّمتم حقَّ مَنْ جنى عليه بعضُ عبيد الفلاس ؟ قلنا : لأنَّ الحقَّ فى العبد الجانى تعلَّق بعينه ، فقدَّم لذلك ، وحقُّ هذا تعلَّق بالذمة ، كغيره من الديون ، فاستويا .

٣٤٠٥ (فصل) ولو قسم الحاكم ماله بين غرمائه ، ثم ظهر غريمٌ آخرٌ ، رجع على الغرماء بقسطه ، وبهذا قال الشافعى ، وحكى ذلك عن مالك ، وحكى عنه : لا يُخاصمهم ، لأنه نقض الحُكم الحاكم . ولنا : أنه غريمٌ ، لو كان حاضراً . قاسمهم ، فإذا ظهر بعد ذلك قاسمهم ، كغريم الميت بظهر بعد قسَم ماله . وليس قسَمُ الحاكم ماله حكماً ، إنما هو قِسْمةٌ ، بان الخطأ فيها ، فأشبهه ما لو قسَم مال الميت بين غرمائه ثم ظهر غريمٌ آخرٌ ، أو قسَم أرضاً بين شركاء ، ثم ظهر شريكٌ آخرٌ ، أو قسَم الميراث بين ورثةٍ ، ثم ظهر وارثٌ سواه . أو وصيةً ، ثم ظهر موصى له آخرٌ .

٣٤٠٦ (فصل) ولو أفلس وله دار مستأجرة ، فأنهدمت بعد قبض الفلاس الأجرة ، انفسخت الإجارة فيما بقى من المدة ، وسقط من الأجرة بقدر ذلك ، ثم إن وجد عين ماله ، أخذ بقدر ذلك ، وإن لم يجده ضَرَبَ مع الغرماء بقدره ، وإن كان ذلك بعد قسَم ماله ، رجع على الغرماء بحصته . لأن سبب وجوبه قبل الحجر ، ولذلك يُشاركهم إذا وجب قبل الفسامة . ولو باع سلعةً ، وقبض ثمنها ، ثم أفلس ، فوجد بها المشتري عيباً ، فردَّها به ، أو ردَّه بخيار ، أو اختلاف فى الثمن ، ونحوه ، ووجد عين ماله ،

أخذها . لأنَّ البيعَ لما انفسخ زال ملكُ المفلس عن الثمن ، كزوال ملك المشتري عن المبيع ، وإن كان بعد تصرُّفه فيه ، شارك المشتري الغرماء .

« مسألة » قال ﴿ ويُنْفَقُ عَلَى الْمَفْلَسِ وَعَلَى مَنْ تَلَزَّمَهُ مُؤَنُّهُ بِالْمَعْرُوفِ ، مِنْ مَالِهِ ، إِلَى أَنْ يَفْرُغَ مِنْ قِسْمَتِهِ بَيْنَ غَرَمَائِهِ ﴾

وجملة ذلك : أنه إذا حُجِرَ عَلَى الْمَفْلَسِ ، وَكَانَ ذَا كَسْبٍ بِنِ بِنْفَقَتِهِ وَنَفَقَةٍ مَنْ تَلَزَّمَهُ نَفَقَتَهُ ، فَنَفَقَتُهُ فِي كَسْبِهِ ، فَإِنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَى إِخْرَاجِ مَالِهِ مَعَ غِنَاهِ بِكَسْبِهِ ، فَلَمْ يَحْزُ أَخْذُ مَالِهِ ، كَالْزِيَادَةِ عَلَى النِّفْقَةِ وَإِنْ كَانَ كَسْبُهُ دُونَ نَفَقَتِهِ ، كَلَنَّاها مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا كَسْبٍ أَنْفَقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ مَدَّةَ الْحَجَرِ ، وَإِنْ طَلَّتْ ، لِأَنَّ مِلْكَهُ بَاقٍ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « اِبْدَأْ بِنَفْسِكَ ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ » وَمَعْلُومٌ أَنَّ فِيمَنْ يَعُولُهُ مَنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ دَيْنًا عَلَيْهِ ، وَهِيَ الزَّوْجَةُ فَإِذَا قَدَّمَ نَفَقَةً نَفْسَهُ عَلَى نَفَقَةِ الزَّوْجَةِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى حَقِّ الْغَرَمَاءِ وَلِأَنَّ الْحَيَّ آ كَدُّ حُرْمَةٍ مِنَ الْمَيِّتِ ، لِأَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْإِتْلَافِ ، وَتَقْدِيمُ تَجْمِيزِ الْمَيِّتِ وَمُؤَنَةُ دَفْنِهِ عَلَى دَيْنِهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . فَنَفَقَتُهُ أُولَى ، وَتَقْدَمُ أَيْضًا نَفَقَةُ مَنْ تَلَزَّمَهُ نَفَقَتُهُ مِنْ أَقَارِبِهِ ، مِثْلُ الْوَالِدَيْنِ ، وَالْمَوْلُودَيْنِ ، وَغَيْرِهِمْ ، مِمَّنْ تَجِبُ نَفَقَتُهُمْ ، لِأَنَّهُمْ يَحْرُونَ يَحْرَى نَفْسَهُ ، لِأَنَّ ذَوِي رَحْمَةٍ مِنْهُمْ ، يَعْتَقُونَ إِذَا مَلَكَهُمْ ، كَأَيَّمَتِيقُ إِذَا مَلَكَ نَفْسَهُ ، فَكَانَتْ نَفَقَتُهُمْ كَنَفَقَتِهِ ، وَكَذَلِكَ زَوْجَتُهُ تُقَدَّمُ نَفَقَتُهَا ، لِأَنَّ نَفَقَتَهَا آ كَدُّ مِنْ نَفَقَةِ الْأَقَارِبِ ، لِأَنَّهَا تَجِبُ مِنْ طَرِيقِ الْمَعَاوِضَةِ ، وَفِيهَا مَعْنَى الْإِحْيَاءِ ، كَمَا فِي الْأَقَارِبِ ، وَمَنْ أَوْجِبَ الْإِنْفَاقُ عَلَى الْمَفْلَسِ ، وَزَوْجَتُهُ ، وَأَوْلَادُهُ الصِّغَارُ ، مِنْ مَالِهِ ، أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ ، وَتَجِبُ كَسْوَتُهُمْ أَيْضًا . لِأَنَّ ذَلِكَ مِمَّا لَا بُدَّ مِنْهُ ، وَلَا يَقُومُ النَّفْسُ بِدُونِهِ ، وَالْوَاجِبُ مِنَ النِّفْقَةِ ، وَالْكِسْوَةِ ، أَدْنَى مَا يُنْفَقُ عَلَى مِثْلِهِ بِالْمَعْرُوفِ ، وَأَدْنَى مَا يُكْتَسَى مِثْلُهُ ، إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِ الطَّعَامِ ، أَوْ مَتَوَسِّطِهِ ، وَكَذَلِكَ كُسْوَتُهُ مِنْ جِنْسِ مَا يَكْتَسِيهِ مِثْلُهُ ، وَكُسْوَةُ امْرَأَتِهِ ، وَنَفَقَتُهَا مِثْلُ مَا يُفْتَرَضُ عَلَى مِثْلِهِ ، وَأَقْلَ مَا يَكْفِيهِ مِنَ الْإِبَاسِ قَيْصُ ، وَسِرَاوِيلُ ، وَشَيْءٌ يَلْبَسُهُ عَلَى رَأْسِهِ ، إِمَّا عِمَامَةً ، أَوْ قَلَنْسُوَةً ، أَوْ غَيْرَهَا مِمَّا جَرَتْ بِهِ عَادَتُهُ ، وَلِرَجُلِهِ حِذَاءٌ ، إِنْ كَانَ يَعْتَادُهُ ، وَإِنْ احتَاجَ إِلَى جُبَّةٍ ، أَوْ فَرَوَةٍ لِدَفْعِ الْبَرْدِ دُفِعَ إِلَيْهِ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ ثِيَابٌ لَا يَلْبَسُ مِثْلَهُ مِثْلَهَا ، يَبِيعُ ، وَاشْتَرَى لَهُ كِسْوَةً مِثْلَهَا ، وَرَدَّ الْفَضْلُ عَلَى الْغَرَمَاءِ ، فَإِنْ كَانَتْ إِذَا يَبِيعُ وَاشْتَرَى لَهُ كِسْوَةً لَا يَفْضُلُ مِنْهَا شَيْءٌ ، تَرِكَتْ ، فَإِنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي بَيْعِهَا .

٣٤٠٧ (فصل) وَإِنْ مَاتَ الْمَفْلَسُ كُفِّنَ مِنْ مَالِهِ ، لِأَنَّ نَفَقَتَهُ كَانَتْ وَاجِبَةً مِنْ مَالِهِ ، فِي حَالِ حَيَاتِهِ ، فَوَجِبَ تَجْمِيزُهُ مِنْهُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، كَغَيْرِهِ ، وَكَذَلِكَ يَجِبُ كُفْنُ مَنْ يَمُوتُ ، لِأَنَّهُمْ بِمَنْزِلَتِهِ ، وَلَا يُلْزَمُ تَكْفِينُ الزَّوْجَةِ . لِأَنَّ النِّفْقَةَ تَجِبُ فِي مَقَابَلَةِ الْاسْتِمَاعِ ، وَقَدْ قَاتَ بِالْمَوْتِ ، فَسَقَطَتِ النِّفْقَةُ . وَيَفَارِقُ

الأعارب ، لأن قرابتهم باقية ، وإن مات من عبيده أحدٌ وجب تسكيفته ، وتجهيزه ، لأن نفقته ليست في مقابلة الانتفاع به ، ولذلك تجب نفقة الصغير ، والمبيع قبل التسليم . ويكفّن في ثلاثة أثواب ، كما كان يلبس في حياته ثلاثة ، ويحتمل أن يكفّن في ثوب واحد يستره ، لأن ذلك يكفيه ، فلا حاجة إلى الزيادة ، وفارق حالة الحياة ، لأنه لا بد له من تغطية رأسه ، وكشف ذلك يؤذيه ، بخلاف الميت ، ويمتد الانفاق على المفلس إلى حين فراغه من القسمة بين الغرماء ، لأنه لا يزول ملكه إلا بذلك ، ومذهب الشافعي في هذا الفصل قريب مما ذكرنا .

٣٤٠٨ « مسألة » قال ﴿ ولا تباع داره التي لا غنى له عن سُكناها ﴾

وجملته . أن المفلس إذا حُجِر عليه باع الحاكم ماله ، ويستحب أن يحضر المفلس البيع لمعان أربعة : أحدها : ليخصي ثمنه ، ويضبطه . الثاني : أنه أعرفُ بثمن ماله ، وجيده ورديته ، فإذا حضر تسكّم عليه ، وعرف الغبن من غيره . الثالث : أن تسكّر الرغبة فيه ، فإن شراءه من صاحبه أحبُّ إلى المشتري . الرابع : أن ذلك أطيب لنفسه ، وأسكن لقلبه ، ويستحب إحضار الغرماء أيضاً ، لأمر أربعة .

أحدها : أنه يُباع لهم . الثاني : أنهم ربّما رغبوا في شراء شيء منه ، فزادوا في ثمنه ، فيكون أصلح لهم ، والمفلس . الثالث : بأنه أطيب لقلوبهم ، وأبعد من التهمة . الرابع : أنه ربّما كان فيهم من يجد عين ماله ، فيأخذها ، فإن لم يفعل ، وباعه من غير حضورهم كلهم ، جاز . لأن ذلك موكل إليه وهو مؤثّر إلى اجتهاده ، وربّما أداه اجتهاده إلى خلاف ذلك ، وبانت له المصلحة في المبادرة إلى البيع ، قبل إحضارهم ، وبأمرهم الحاكم أن يقيموا منادياً ينادي لهم على المتاع ، فإن تراضوا برجل ثقة أمضاه الحاكم ، وإن انفقوا على غير ثقة رده ، فإن قيل : فلم يردّه وأصحاب الحق قد انفقوا عليه فأشبه مالوا اتفق اراهن والمرتهن على أن يبيع الرهن غير ثقة لم يكن للحاكم الاعتراض ؟ قلنا : لأن للحاكم ههنا نظراً ، واجتهاداً ، فإنه قد يظهر غريم آخر فيتملق حقه به ، فلهذا نظر فيه ، بخلاف الرهن ، فإنه لا نظر للحاكم فيه ، فإن اختار المفلس رجلاً ، واختار الغرماء آخر أقرّ الحاكم الثقة منهما . فإن كانا ثقتين ، قدم المتطوع منهما ، لأنه أوفر فإن كانا متطوعين ضمّ أحدهما إلى الآخر ، وإن كانا يجعّل ، قدم أعرفهما ، وأوثقهما ، فإن تساوبا قدم من يرى منهما ، فإن وجد متطوعاً بالنداء ، وإلاّ دُفعت الأجرة من مال المفلس ، لأن البيع حقّ عليه ، لسكونه طريق وفاء دينه . وقيل : بدفع من بيت المال ، لأنه من المصالح ، وكذلك الحكم في أجر من يحفظ المتاع ، والنمن ، وأجر الخالين ، ونحوهم ، ويستحب بيع كل شيء في سوقه : البرّ في البرّازين ، والسكر في سوقها ، ونحو ذلك ، لأنه أخوط ، وأكثر لطلابه ، ومعرفة قيمته ، فإن باع في غير سوقه بثمن مثله ، جاز ، لأن الغرض تحصيل الثمن ، وربّما أدى الاجتهاد إلى أن ذلك أصلح ، ولذلك لو قال : بع ثوبي في سوق كذا بكذا ، فباعه بذلك في سوق آخر جاز ،

ويبيعُ بنقد البلد ، لأنه أوفرُ ، فإن كان في البلد نقودٌ باعَ بمالها ، فإن تساوت باعَ بِمَنْس الدِّين وإن زاد في السلامة زائدٌ في مُدَّة الخيسار ، لزم الأَمينُ الفسخُ ، لأنه أمكنه بيعهُ بِشَمَنْ فلم يجزُ بيعه يدونه ، كما لو زيدَ فيه قبلَ العقد . وإن زاد بعد لزوم العقد ، استَجِبَ للأَمن سؤالُ المشتري الاقالة ، واستَجِبَ المشتري الإجابة إلى ذلك ، لاعتاقه بمصلحة المفلس ، وقضاء دينه ، فيبدأ ببيع العبد الجاني ، فيدفعُ إلى الجاني عليه أقلَّ الأمرين ، من ثمنه ، أو أرش جنائته ، وما فضل منه ردَّه إلى الغرماء ، ثم يبيعُ الرهن ، فيدفعُ إلى المرتهن قدرَ دينه ، وما فضل من ثمنه ردَّه إلى الغرماء . وإن بقيت من دينه بقية ، ضَرَبَ بها مع الغرماء ثم يبيعُ ما يُسرِعُ إليه الفسادُ من الطعام الرطب ، لأن بقاءه يتلذذ به بيقين ، ثم يبيع الحيوان ، لأنه معرض للتللف ، ويحتاجُ إلى مؤنة في بقاءه ، ثم يبيع السلع ، والأثاث ، لأنه يخاف عليه ، وتذالُه الأيدي ، ثم العقار آخرًا ، لأنه لا يخاف تلفه ، وبماؤه أشهرُ له ، وأكثرُ اطلالًا به ، ومتى باع شيئًا من ماله وكان الدين لواحدٍ وحده ، دفعه إليه لأنه لا حاجة إلى تأخيرهِ ، وإن كان له غرماء ، فأمكن قسمته عليهم ، قسم ، ولم يؤخر ، وإن لم يمكن قسمته ، أودع عندئذٍ إلى أن يجتمع ، ويمكن قسمته ، فيقسم ، وإن احتاج في حفظه إلى غرامة ، دفع ذلك إلى من يحفظه .

إذ ثبت هذا عدنا إلى مسأله الكتاب ، فنقول : لا تباع داره التي لا غنى له عن سكنائها ، وبهذا قال أبو حنيفة وإسحاق ، وقال شريح ، ومالك ، والشافعي : تباعُ ويُسَكَّرى له بدلُها ، واختاره ابن المنذر لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في الذي أصيبَ في مَمارٍ ابتاعها ، فكثُرَ دينه ، فقال لغرمائه « خذُوا مَا وَجَدْتُمْ » وهذا مما وجدوه ، ولأنه عَيْنُ مالِ المفلس ، فوجب صرفُه في دينه كسائر ماله . ولنا ، أن هذا مما لا غنى للمفلس عنه ، فلم يُصرف في دينه ، كشيابه ، وقوته ، والحديثُ قضية في عين ، ويحتملُ أنه لم يكن له عتارٌ ، ولا خادمٌ ، ويحتملُ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خذُوا مَا وَجَدْتُمْ » مما تصدَّق به عليه . فإن المذكور قبل ذلك كذلك . روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « تَصَدَّقُوا عَلَيَّ . فَتَصَدَّقُوا فَلَمْ يَبْلُغْ ذَلِكَ وَفَاءَ دَيْنِهِ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : خذُوا مَا وَجَدْتُمْ » أي مما تصدَّق به عليه . والظاهر أنه لم يتصدق عليه بدار ، وهو محتاج إلى سكنائها ، ولا خادم وهو محتاج إلى خدمته ، ولأن الحديث مخصوص بثياب المفلس ، وقوته ، فتقيسُ عليه محل النزاع . وقياسهم منتهى ذلك أيضًا ، وبأجر المسكن ، وسائر ماله يستغنى عنه ، بخلاف مسألتنا .

٣٤٠٩ (فصل) وإن كان له داران يستغنى بسكنى إحداها ، بيعت الأخرى ، لأن به غنى عن سكنائها ، وإن كان مسكنه واسمًا لا يسكن مثله في مثله ، يبيع ، واشترى له مسكن مثله ، ورد الفضلُ على الغرماء ، كالثياب التي له ، إذا كانت رفيعة لا يلبسُ مثله مثلها ، ولو كان المسكنُ والخادمُ اللذين

لا يستغنى عنهما عين مال بعض الغرماء ، أو كان جميع ماله أعيان أموال أفلس بأثمانها ، ووجودها أصحابها فلم أخذها بالشرائط التي ذكرناها . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَذْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأن حقه تعلّق بالعين . فكان أقوى سبباً من المفلس . ولأن الإعسار بالثمن سبب يستحق به الفسخ . فلم يمنعه منه تعلّق حاجة المشتري . كما قبل القبض . وكالعيب . والخيار . ولأن منعه من أخذ أعيان أموالهم يفتح باب الحيل . بأن يحصى من لا مال له . فيشتري في ذمته ثياباً يلبسها . وداراً يسكنها . وخادماً يخدمه . وفرساً يركبها . وطعاماً له . ولعائلته . ويمتنع على أربابها أخذها ، لتعلّق حاجته بها ، فتضيع أموالهم ، ويستغنى هر بها . فعلى هذا . يؤخذ ذلك ، ولا يترك له شيء منه ، لأنه أعيان أموال الناس ، فكانوا أحقّ بها منه ، كما لو كانت في أيديهم ، وأخذها منهم غصباً .

٣٤١٠ (فصل) ولو كان المفلس ذا صنعة يكسب ما يمونه ويمون من تلزمه مؤنته ، أو كان يقدر على أن يكسب ذلك ، بأن يؤجر نفسه ، أو يتوكل لإسنان ، أو يكسب من المباحات ما يكفيه ، لم يترك له من ماله شيء ، وإن لم يقدر على شيء مما ذكرناه ، ترك له من ماله قدر ما يكفيه . قال الإمام أحمد رحمه الله تعالى في رواية أبي داود : ويترك له قوت يتقوت به ، وإن كان له عيال ترك له قوام . وقال في رواية الميموني : يترك له قدر ما يقوم به معاشه ، ويبيع الباقي ، وهذا في حق الشيخ الكبير ، وذوى الهيئات الذين لا يمكنهم التصرف بأبدانهم ، وينبغي أن يجعل ذلك مما لا يتعلّق به حق بعضهم بعينه ، لأن من تعلّق حقه بالعين أقوى سبباً من غيره .

٣٤١١ (فصل) وإذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الأمين ، أو بيع شيء من ماله ، وأودع ثمنه ، فتاف عند المودع . فهو من ضمان المفلس . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك : العروض من ماله ، والدرهم والدنانير من مال الغرماء ، وقال المغيرة : الدنانير من مال أصحاب الدنانير . والدرهم من مال أصحاب الدراهم .

ولنا : أنه من مال المفلس ، ونماؤه له ، فكان تلفه في ماله ، كالعروض .

٣٤١٢ (فصل) وإذا اجتمع مال المفلس قسم بين غرمائه ، فإن كانت ديونهم من جنس الأثمان أخذوها . وإن كان فيهم من دينه من غير جنس الأثمان ، كالقرض بغير الأثمان ، فرضى أن يأخذ عوض حقه من الأثمان ، جاز ، وإن امتنع ، وطلب جنس حقه ابتذيع له بحصته من جنس دينه ، ولو أراد الغريم الأخذ من المال المجموع ، وقال المفلس : لا أوفيك إلا من جنس دينك ، قدّم قوله ، لأن هذا على سبيل المأوضة ، فلا يجوز إلا بتراضيهما عليه ، وإن كان فيهم من له دين من سلم ، لم يجز أن يأخذ إلا من جنس

حقه ، وإن تراضيا على دفع عَوَضه ، لأن ما في الذمة من السِّلَم لا يجوز أخذ البذل عنه ، أقوله صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » .

٣٤١٣ (فصل) وإذا فرق مال المغلس ، وبقيت عليه بقية ، وله صنعة ، فهل يجزئه الحاكم على إيجار نفسه ، ليقضى دينه ؟ على روايتين .

إحداها : لا يجزئه ، وهو قول مالك ، والشافعي . أقول الله تعالى (٢ : ٢٨) وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) ولما روى أبو سعيد « أَنَّ رَجُلًا أُصِيبَ فِي ثَمَارٍ ابْتَاعَهَا ، وَكَثُرَ دَيْنُهُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : تَصَدَّقُوا عَلَيْهِ . فَتَصَدَّقُوا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَبْلُغْ وَفَاءَ دَيْنِهِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ ، وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ » رواه مسلم ، ولأن هذا تسكيب للعالم ، فلم يجزئه عليه ، كقبول الهبة ، والصدقة ، كما لا تجزئ المرأة على التزويج ، لتأخذ المهر .

والثانية : يجزئ على السكسب . وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وسوار العبدي ، وإسحق . لأن النبي صلى الله عليه وسلم « بَاعَ سُرقًا فِي دَيْنِهِ ، وَكَانَ سُرقٌ رَجُلًا دَخَلَ الْمَدِينَةَ . وَذَكَرَ أَنَّ وَرَاءَهُ مَالًا ، فَدَايَنَهُ النَّاسُ ، فَرَكِبَتْهُ دُونَ ، وَلَمْ يَكُنْ وَرَاءَهُ مَالٌ فَسَمَاهُ : سُرقًا ، وَبَاعَهُ بِخَمْسَةِ أْبْرَةٍ » والخمر لا يباع . ثبت أنه باع منافعه ، ولأن المنافع تجري مجرى الأعيان في صحة العقد عليها ، وتحريم أخذ الزكاة ، وثبوت الغنى بها ، فكذلك في وفاء الدين منها ، ولأن الإجارة عقد معاوضة ، فجاز إجبارها عليها ، كبيع ماله في وفاء الدين منها . ولأنها إجارة لما يملك إجارتها ، فيجبر عليها في وفاء دينه . كإجارة أم ولده . ولأنه قادر على وفاء دينه ، فلزمه . كمالك ما يقدر على الوفاء منه ، فإن قيل : حديث سُرق منسوخ ، بدليل أن الحر لا يباع ، والبيع وقع على رقبته ، بدليل أن الحديث أن الغرماء قالوا لمشتريه : ما تصنع به ؟ قال أعتقه . قالوا : لسنأ بأزهد منك في إعاقته ، فأعتقه . قلنا : هذا إثبات النسخ بالاحتمال ولا يجوز ، ولم يثبت أن بيع الحر كان جائزاً في شريعتنا ، وتحمل لفظ يبعه على بيع منافعه أسهل من حمله على بيع رقبته المحرم ، فإن حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه سائغ كثير في القرآن ، وفي كلام العرب ، كقوله تعالى (وَأَشْرَبُوا فِي قُلُوبِهِمُ الْعِجْلَ) (وَلَيْكِنَّ الْبِرَّ مَنْ آمَنَ بِاللَّهِ) (وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ) وغير ذلك . وكذلك قوله : أعتقه ، أي من حق عليه ، وكذلك قال : فأعتقه ، يعني الغرماء ، وهم لا يملكون إلا الدين الذي عليه . وأما قوله تعالى (وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) فيتوجه منع كونه داخلاً تحت عمومها ، فإن هذا في حكم الأغنياء في حرمان الزكاة ، وسقوط نفقته عن قريبه ، ووجوب نفقة قريبه عليه ، وحديثهم قضية عين ، لا يثبت حكمها إلا في مثابها ، ولم

يُثَبَّتُ أَنَّ لَذَلِكَ الْغَرِيمَ كَسْبًا يَفْضُلُ عَنْ قَدَرِ نَفَقَتِهِ ، وَأَمَّا قَبُولُ الْهَبَةِ ، وَالصَّدَقَةِ ، فَفِيهِ مِثْنَةٌ ، وَمَعَرَّةٌ تَأْبَاهَا قُلُوبُ ذَوِي الْمُرُوءَاتِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

إِذَا ثَبَتَ هَذَا فَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْكَسْبِ إِلَّا مَنْ فِي كَسْبِهِ فَضْلَةٌ عَنْ نَفَقَتِهِ ، وَنَفَقَةُ مَنْ يَمُونُهُ ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ ذَكَرَهُ .

٣٤١٤ (فصل) وَلَا يُجْبَرُ عَلَى قَبُولِ هَدِيَّةٍ ، وَلَا صَدَقَةٍ وَلَا وَصِيَّةٍ ، وَلَا قَرْضٍ ، وَلَا تُجْبَرُ الْمَرْأَةُ عَلَى التَّزْوِيجِ ، لِأَخْذِ مَهْرِهَا ، لِأَنَّ فِي ذَلِكَ ضَرَرًا ، لِلْحَقِّ الْمُنْتَسِ فِي الْهَدِيَّةِ ، وَالصَّدَقَةِ ، وَالْوَصِيَّةِ ، وَالْعِيُوضِ فِي الْقَرْضِ ، وَمِلْكِ الزَّوْجِ لِلْمَرْأَةِ فِي الذِّكَاحِ ، وَوُجُوبِ حَقِّهِ عَلَيْهَا ، وَلَوْ بَاعَ بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، ثُمَّ أُنْفَسَ ، فَالْخِيَارُ بِحَالِهِ ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى مَا فِيهِ الْحَظُّ مِنَ الرَّدِّ وَالْإِمْضَاءِ ، لِأَنَّ الْفَلَسَ يَمْنَعُهُ مِنْ إِحْدَاثِ عَقْدٍ ، أَمَّا مِنْ إِمْضَائِهِ ، وَتَنْفِيزِ عَقُودِهِ ، فَلَا ، وَإِنْ جُئِيَ عَلَى الْفَلَسِ جَنَائِيَّةً تَوْجِبُ الْمَالَ ، ثَبَتَ لِلْمَالِ ، وَتَعَلَّقَتْ حَقُوقُ الْغَرَمَاءِ بِهِ ، وَلَا يَصَحُّ مِنْهُ الْعَفْوُ عَنْهُ . وَإِنْ كَانَتْ مُوجِبَةً لِلْقَصَاصِ ، فَهُوَ مُخْتَارٌ بَيْنَ الْقَصَاصِ وَالْعَفْوِ . وَلَا يُجْبَرُ عَلَى الْعَفْوِ عَلَى مَالٍ . لِأَنَّ ذَلِكَ يَفُوتُ الْقَصَاصَ الَّذِي يَجِبُ لِمَصْلَحَتِهِ ، فَإِنْ اقْتَصَّ لَمْ يَجِبْ لِلْغَرَمَاءِ شَيْءٌ ، وَإِنْ عَفَا عَلَى مَالٍ ثَبَتَ ، وَتَعَلَّقَتْ حَقُوقُ الْغَرَمَاءِ بِهِ ، وَإِنْ عَفَا مُطْلَقًا ، انْبَنَى عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ . فِي مُوجِبِ الْعَمَلِ إِنْ قُلْنَا : الْقِصَاصُ خَاصَّةٌ ، لَمْ يَثْبُتْ شَيْءٌ ، وَسَقَطَ الْقِصَاصُ ، وَإِنْ قُلْنَا : أَحَدُ أَسْرِينَ ، ثَبَتَ لَهُ الدِّيَّةُ . وَتَعَلَّقَتْ بِهَا حَقُوقُ الْغَرَمَاءِ ، وَإِنْ عَفَا عَلَى غَيْرِ مَالٍ ، فَعَلَى الرُّوَايَتَيْنِ أَيْضًا ، فَإِنْ قُلْنَا : الْقِصَاصُ عَمِيمًا ، لَمْ يَثْبُتْ شَيْءٌ . وَإِنْ قُلْنَا : أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ . ثَبَتَتْ الدِّيَّةُ ، وَلَمْ يَصَحِّ إِسْقَاطُهُ . لِأَنَّ عَفْوَهُ عَنِ الْقِصَاصِ يَثْبُتُ لَهُ الدِّيَّةُ . وَلَا يَصَحُّ إِسْقَاطُهَا ، وَإِنْ وَهَبَ هَبَةً بِشَرْطِ الثَّوَابِ ، ثُمَّ أُنْفَسَ ، فَبُذِلَ لَهُ الثَّوَابُ . لَزِمَهُ قَبُولُهُ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ إِسْقَاطُهُ ، لِأَنَّهُ أَخَذَهُ عَلَى سَبِيلِ الْعِيُوضِ عَنِ الْمَوْهُوبِ . فَلَزِمَهُ قَبُولُهُ ، كَالثَّمَنِ فِي الْبَيْعِ . وَلَيْسَ لَهُ إِسْقَاطُ شَيْءٍ مِنْ ثَمَنِ مَبِيعٍ ، أَوْ أَجْرَةٍ فِي إِجَارَةٍ ، وَلَا قَبْضُهُ رَدِيئًا ، وَلَا قَبْضُ الْمُسْلِمِ فِيهِ دُونَ صِفَاتِهِ ، إِلَّا بِإِذْنِ غُرْمَائِهِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كُلِّهِ كَذَلِكَ .

٣٤١٥ (فصل) إِذَا فُرِّقَ مَالُ الْمَفْلَسِ فَهَلْ يَنْفَكُّ عَنْهُ الْحَبْرُ بِذَلِكَ ، أَوْ يَحْتَاجُ إِلَى فَلَكَ الْحَبْرِ

عَنْهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ :

أَحَدُهُمَا : يَزُولُ بِقِسْمَةِ مَالِهِ ، لِأَنَّهُ حُجِرَ عَلَيْهِ لِأَجَلِهِ ، فَإِذَا زَالَ مِلْسُكَ عَنْهُ ، زَالَ سَبَبُ الْحَبْرِ ، فَزَالَ الْحَبْرُ ، كَزَوَالِ حَبْرِ الْجَنُونِ ؛ لِزَوَالِ جُنُونِهِ .

وَالثَّانِي : لَا يَزُولُ إِلَّا بِحَكْمِ الْحَاكِمِ ، لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِحُكْمِهِ ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بِحُكْمِهِ ، كَالْحُجُورِ عَلَيْهِ لِسَقْمِهِ . وَفَارَقَ الْجُنُونَ . فَإِنَّهُ يَثْبُتُ بِنَفْسِهِ ، فَزَالَ بِزَوَالِهِ ، وَلِأَنَّ فَرَاغَ مَالِهِ يَحْتَاجُ إِلَى مَعْرِفَةٍ ، وَبَحْثٍ ، فَوَقَفَ ذَلِكَ عَلَى الْحَاكِمِ ، بِخِلَافِ الْجَنُونِ .

٣٤١٦ (فصل) ومتى ثبت إعساره عند الحاكم لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: لفرمانه ملازمته من غير أن يمنعه من الكسب، فإذا رجع إلى بيته، فأذن لهم في الدخول، دخلوا معه، وإلاّ منعه من الدخول، لقول النبي صلى الله عليه وسلم «لصاحب الحق اليد واللسان» ولنا: أن من ليس لصاحب الحق مطالبته لم يكن له ملازمته، كما لو كان دينه مؤجلاً، وقول الله تعالى (فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ) ومن وجب إنظاره حرمت ملازمته، كمن دينه مؤجل، والحديث فيه مقال، قاله ابن المنذر، ثم نحمله على الموسع، بدليل ما ذكرنا، فقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفرماء الذي أصيب في ثمار ابتاعها، فكثر دينه «خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ لَكُمْ إِلَّا ذَلِكَ» رواه مسلم، والترمذي. وإن فكّ الحجر عنه، لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته، حتى يملك مالا، فإن جاء الفرماء عقيب فكّ الحجر عنه، فادّعى أن له مالا، لم يلتفت إلى قولهم، حتى يثبتوا سببه، فإن جاءوا بعد مدة فادّعى أن في يده مالا، أو ادّعى ذلك عقيب فكّ الحجر، ويدينوا سببه، أحضره الحاكم وسأله. فإن أنكر فالقول قوله مع يمينه، لأنّه ما فكّ الحجر عنه حتى لم يبق له شيء، وإن أقر، وقال: هو لفلان، وأنا وكيله، أو مضاربه، وكان المقر له حاضراً، سأله الحاكم، فإن صدّقه فهو له، ويستحلفه الحاكم، لجواز أن يكونا توطأ على ذلك، ليدفع المطالبة عن المفس، وإن قال: ما هولى، عرفنا كذب المفس، فيصير كأنه قال: المال لى، فيماد الحجر عليه، إن طاب الفرماء ذلك. وإن أقر لغائب أقر في يديه، حتى يحضر الغائب، يُسأل، كما حكى في الحاضر، ومتى أعيد الحجر عليه لدبون تجددت عليه شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثاني. إلا أن الأولين يضرّون ببقية ديونهم، والآخرين يضرّون بجميعها. وبهذا قال الشافعي، وقال مالك: لا يدخل غرماء الحجر الأوّل على هؤلاء الذين تجددت حقوقهم حتى يستوفوا إلا أن تكون له فائدة من ميراث، أو يُجنى عليه جناية، فيتخاصم الفرماء فيه.

ولنا: أنهم تساووا في ثبوت حقوقهم في ذمته، ففساؤوا في الاستحقاق، كالذين تثبت حقوقهم في حجر واحد، ولتساويهم في الميراث، وأرش الجناية، ولأنّ مكسبه مال له، ففساؤوا فيه كالمراث. ٣٤١٧ «مسألة» قال (ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس إلى أن يأتي ببينة تشهد بفسرده)

وجملته: أن من وجب عليه دين حال فطواب به، ولم يؤدّه، نظر الحاكم. فإن كان في يده مال ظاهر، أمره بالقضاء. فإن ذكر أنه لغيره. فقد ذكرنا حكمه في الفصل الذي قبل هذا. وإن لم يجد له مالا ظاهراً فادّعى الإعسار. فصدّقه غريمه لم يُحبس ووجب إنظاره. ولم تجز ملازمته. لقول الله تعالى:

(وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ) ولقول النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لفرماة الذي كثر دينه « خُذُوا مَا وَجَدْتُمْ وَلَيْسَ أَسْكُمُ إِلَّا ذَلِكَ » ولأن الحبس إما أن يكون لإثبات عُسْرَتِهِ ، أو لقضاء دينه ، وعُسْرَتُهُ ثابتةٌ والقضاء مُتَعَذِّرٌ . فلا فائدة في الحبس ، وإن كَذَبَ غريمه ، فلا يخلو : إما أن يكون عُرِفَ له مالٌ أو لم يُعرف ، فإن عُرِفَ له مالٌ ، لكون الدين ثبت عن مُعَاوَضَةٍ كالقرض ، والبيع ، أو عُرِفَ له أصلُ مالٍ سوى هذا . فالقولُ قولُ غريمه ، مع يمينه . فإذا حلف أنه ذو مالٍ حُبِسَ حتى تشهد البيّنة بإعساره . قال ابن المنذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار ، وقضاتهم يرون الحبس في الدين ، منهم مالك ، والشافعيُّ وأبو عبيد ، والزماني ، وسوّار ، وعبيد الله بن الحسن ، وروى عن شريح ، والشعبيُّ ، وكان عمر بن عبد العزيز يقول : يُقَسِّمُ مَالُهُ بَيْنَ الْفَرَمَاءِ ، وَلَا يُحْبِسُ ، وبه قال عبد الله ابن جعفر ، والليث بن سعد ، ولنا أن الظاهر قولُ الغريم ، فكان القولُ قوله كسائر الدعاوى ، فإن شهدت البيّنة بآلاف ماله مُقبلتُ شهادتهم ، سواء كانت من أهل الخبرة الباطنة . أو لم تكن لأن التلف يطلعُ عليه أهلُ الخبرة . وغيرهم . وإن طالب الغريمُ إحلافه على ذلك . لم يُجِبْ إليه . لأن ذلك تكذيبٌ للبيّنة وإن شهدت مع ذلك بالإعسار ، اكتفى بشهادتها ، وثبتت عُسْرَتُهُ ، وإن لم تشهد بعُسْرَتِهِ ، وإنما شهدت بالتلف لا غير ، وطالب الغريمُ يمينه على عُسْرِهِ ، وأنه ليس له مال آخر ، استُحْلِفَ على ذلك ، لأنه غيرُ ما شهدت به البيّنة ، وإن لم تشهد بالتلف ، وإنما شهدت بالإعسار لم تُقبل الشهادة إلا من ذي خبرةٍ باطنةٍ ، ومعرفةٍ مُتَدَايِمَةٍ ، لأن هذا من الأمور الباطنة ، لا يطالعُ عليه في الغالب إلا أهلُ الخبرة ، والمحاطة ، وهذا مذهبُ الشافعيِّ ، وحكي عن مالك : أنه قال : لا تُسْمَعُ البيّنة على الإعسار ، لأنها شهادةٌ على النفي ، فلم تُسْمَعْ ، كالشهادة على أنه لا دين عليه .

ولنا : ما روى قبيصةُ بن المخارق : أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال له « يَا قَبِيصَةُ ، إِنْ الْمَسْأَلَةُ لَا تَجُلُ إِلَّا لِأَحَدٍ ثَلَاثَةً : رَجُلٍ تَحْمِلُ حِمْلَهُ فَحَلَّتْ لَهُ » ^(١) الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَهَا ، ثُمَّ يُمْسِكَ ، وَرَجُلٍ أَصَابَتْهُ جَائِحَةٌ فَاجْتَاكَتْ مَالَهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَوَامًا مِنْ عَيْشٍ — أَوْ قَالَ سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ — وَرَجُلٍ أَصَابَتْهُ فَاقَةٌ حَتَّى يَقُولَ ثَلَاثَةً مِنْ ذَوِي الْحِجْبِ مِنْ قَوْمِهِ : لَقَدْ أَصَابَتْ فَالَانَا فَاقَةٌ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْمَسْأَلَةُ حَتَّى يُصِيبَ قَوَامًا مِنْ عَيْشٍ أَوْ قَالَ : سِدَادًا مِنْ عَيْشٍ » رواه مسلم ، وأبو داود . وقولهم : إنَّ الشهادة على النفي لا تُقبل ، قلنا : لا تردُّ مطلقاً ، فإنه لو شهدت البيّنة أن هذا وارثُ الميت لا وارث له سواء ، قُبِلَتْ . ولأنَّ هذه وإن كانت تنهضُ عن النفي ، فهي تُثَبِّتُ حَالَهُ تَظْهَرُ ، وَيُوقَفُ عَلَيْهَا بِالْمُشَاهَدَةِ ، بخلاف ما إذا شهدت أنه لا حقَّ له ، فإنَّ هذا مما لا يُوقَفُ عليه ،

(١) لفظ له ساقط من الطبعة التي علقنا عليها ولم يبه عليه في الخطأ والصواب .

ولا يشهدُ به حال، يتوصل بها إلى معرفته به، بخلاف مسألةنا . وتسمع البيئته في الحال، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا تسمع في الحال ، ويحبسُ شهراً ، وروى ثلاثة أشهر ، وروى أربعة أشهر ، حتى يغلب على ظنِّ الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره . ولنا أن كلَّ بيئته جاز سماعها بعد مدّة جاز سماعها في الحال ، كسائر البيئات ، وما ذكره لو كان صحيحاً لأغنى عن البيئته ، فإن قال الغريم : أخلفوه لي مع يمينه : أنه لا مال له ، لم يستخلف في ظاهر كلام أحد . لأنه قال في رواية إسحاق بن إبراهيم ، في رجل جاء بشهودٍ على حق ، فقال الغريم : استخلفوه : لا يستخلف ، لأنَّ ظاهر الحديث « البيئَةُ عَلَى الْمُدَّعَى ، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » قال القاضي : سواءَ شهدت البيئَةُ بتلف المال ، أو بالإعسار ، وهذا أحدُ قولي الشافعي ، لأنها بيئَةٌ مقبولة ، فلم يستخلف معها ، كما لو شهدت بأنَّ هذا عبده ، أو هذه داره ، وبمحتمل أن يستخلف ، وهذا القول الثاني للشافعي ، لأنه يحتمل أن له مالاً خفي على البيئته ، وبصح عندى إلزامه اليمين على الإعسار ، فيما إذا شهدت البيئَةُ بتلف المال ، وسقطها عنه ، فيما إذا شهدت بالإعسار ، لأنها إذا شهدت بالتلف صار كمن لم يثبت له أصلُ مالٍ ، أو بمنزلة من أقرَّ له غريمه بتلف ذلك المال ، وادَّعى أن له مالاً سواء ، أو أنه استحدث مالاً بعد تلقاه ، ولو لم تَقم البيئَةُ ، وأقرَّ له غريمه بتلف ماله ، وادَّعى أن له مالاً سواء ، لزمته اليمين ، فسكذلك إذا قامت به البيئَةُ ، فإنَّها لا تزيدُ على الإفراز ، وإن كان الحقُّ يثبتُ عليه في غير مُقابلة مالٍ ، أخذه ، كأرش جنابة ، وقيمة متلف ، ومهر ، أو ضمن ، أو كفالة ، أو عَوْضِ خلعٍ ، إن كان امرأةً ، وإن لم يُعرف له مالٌ ، حلف أنه لا مال له ، وخُلِّي سبيله ، ولم يُحبس ، وهذا قول الشافعي ، وابن المنذر ، فإن شهدت البيئَةُ بإعساره ، قُبِلت ، ولم يستخلف معها ، لما تقدّم ، وإن شهدت أنه كان له مال ، فتلف ، لم يستغنَ بذلك عن يمينه ، لما ذكرناه . وكذلك لو أقرَّ له به غريمه ، وإتما اكتفينا بيمينه ، لأنَّ الأصلُ عدمُ المال . لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لحَيَّةَ وَسَوَاءِ ابْنِ خَالِدِ بْنِ سَوَاءِ « لَا تَبْنِئَا مِنَ الرِّزْقِ مَا اهْتَزَّتْ رُءُوسُكُمْ فَإِنَّ ابْنَ آدَمَ يُخْلَقُ وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا قَشْرَتَاهُ ^(١) » ثُمَّ يَرْزُقُهُ اللَّهُ نَعَالِي » قال ابنُ المنذر : الحبسُ عقوبةٌ ، ولا نعلم له ذنباً يعاقب به ، والأصلُ عدمُ ماله ، بخلاف المسألة الأولى . فإنَّ

(١) قشرتاه : ثوباه ، أى أن الله يخلق بن آدم ليعاك شيئا سوى ثوبيه ، وكان لباس العرب ثوبين إزارا ورداء ، وما يفسر ذلك ما ورد في حديث معاذ بن عفراء ، وقد أرسل له عمر رضى الله عنه حلة ، فباعها واشترى بها خمسة أرؤس من الرقيق فأعتقهم ، ثم قال : إن رجلا أثر قشرتين يلبسهما على عتق هؤلاء لغيبين الرأى ، أراد بالقشرتين الثوبين لأن الحلة ثوبان إزار ورداء ، ومعنى غيبين الرأى ، ضعيف الرأى .

الأصل ثبوت ماله ، فيُحْتَسَبُ حَتَّى يُعْلَمَ ذهابه . وانْخَرَقَتْ لَمْ يَفْرُقْ بَيْنَ الْحَالَيْنِ ، اسْكَنَهُ يُحْمَلُ كَلَامُهُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا ، لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى الْفَرْقِ .

٣٤١٨ (فصل) إذا امتنع الموصر من قضاء الدين فلغيره ملازمته ، ومطالبة ، والإغلاظ له بالقول . فيقول : يا ظالم ، يا معتمدى ، ونحو ذلك ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لَيْ (١) الْوَاجِدُ يُحِلُّ عَقُوبَتَهُ ، وَعِزُّهُ » فمقوبته حبسه ، وعِزُّهُ ، أى يحِلُّ القولُ فى عِزِّهِ بالإغلاظ ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ » وقال : « إِنْ لِيَصَاحِبِ الْحَقِّ مَقَالًا » .

٣٤١٩ « مسألة » قال : ﴿ وإذا مات فتبين أنه كان مفلساً ، لم يكن لأحد من الغرماء أن يأخذ عين ماله ﴾ .

هذا الشرط الخامس لاستحقاق استرجاع عين المال من المفلس ، وهو أن يكون حياً ، فإن مات ، فالإباحة أسوة الغرماء ، سواء علم بفلسه قبل الموت ، فحجر عليه ، ثم مات ، أو مات فتبين فلسه . وهذا قال مالك ، وإسحاق . وقال الشافعى : له الفسخ ، واسترجاع العين ، لما روى ابن خلد (٢) الزرقى قاضى المدينة ، قال : « أَتَيْنَا أَبَا هُرَيْرَةَ فِي صَاحِبٍ لَنَا قَدْ أَفْلَسَ ، فَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ : هَذَا الَّذِي قَضَى فِيهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : أَيُّمَا رَجُلٍ مَاتَ أَوْ أَفْلَسَ ، فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أَحَقُّ بِمَتَاعِهِ ، إِذَا وَجَدَهُ بِعَيْنِهِ » رواه أبو داود ، وابن ماجه . واحتجوا بمؤم قوله عليه السلام « مَنْ أَدْرَكَ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ عِنْدَ رَجُلٍ أَوْ إِنْسَانٍ قَدْ أَفْلَسَ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ » ولأن هذا المقدم يلحقه الفسخ بالإقالة ، فجاز فسخه لتعذر العوض ، كما لو تعذر المسلم فيه ، ولأن الفليس سبب لاستحقاق الفسخ ، فجاز الفسخ به بعد الموت ، كالعيب .

ولنا : ما روى أبو بكر بن عبد الرحمن ، بن الحارث ، بن هشام ، عن أبي هريرة ، عن النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث المفلس « فَإِنْ مَاتَ فَصَاحِبُ الْمَتَاعِ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » رواه أبو داود ، وروى أبو اليمان ، عن الزبىدى ، عن الزهرى ، عن أبى سلمة ، عن أبى هريرة ، قال : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « أَيُّمَا امْرِئٍ مَاتَ ، وَعِنْدَهُ مَالٌ امْرِئٍ بِعَيْنِهِ ، أَقْضَى مِنْ ثَمَنِهِ شَيْئًا ، أَوْ لَمْ يَقْتَضِ ، فَهُوَ أُسْوَةُ الْغُرَمَاءِ » رواه ابن ماجه . ولأنه تعلق به حق غير المفلس ، والغرماء ، وهم الورثة ، فأشبهه المرهون ، وحديثهم مجهول الإسناد . قاله ابن المنذر ، قال ابن عبد البر يرويه أبو المعتمر ، عن الزرقى ،

(١) لى الواجد : اللى : التناقل عن دفع الحق والمطالبة فيه ، والواجد للملئ غير المعسر ، وهو الذى يستطيع دفع ما عليه من الحق .

(٢) ابن خلد : اسمه عمرو وهو بفتح الحاء ومكون اللام ويجوز فتحها .

وأبو المعتز غير معروف بحمل العلم ، ثم هو غير معمول به إجماعاً ، فإنه جعل المتاع لصاحبه ، بمجرد موت المشتري ، من غير شرط فأسه ، ولا تمذُّر وفاته ، ولا عدم قبض ثمنه . والأمر بخلاف ذلك عند جميع العلماء ، إلا ما حكي عن الإضطخري من أصحاب الشافعي : أنه قال : لصاحب السلعة أن يرجع فيها إذا مات المشتري ، وإن خلف وفاء . وهذا شذوذ عن أقوال أهل العلم ، وخلاف للسنَّة ، لا يرجع على مثله . وأما الحديث الآخر ، فنقول به ، وأن صاحب المتاع أحقُّ به إذا وجده عند المُفلس . وما وجده في مسألتنا عنده ، وإنما وجده عند ورثته ، فلا يتناولُه الخبر . وإنما يدلُّ بمفهومه على أنه لا يستحقُّ الرجوع فيه ، ثم هو مطلق ، وحدثننا يُقيده ، وفيه زيادة ، والزيادة من الثقة مقبولة . وتُفارق حالة الحياة حال الموت ، لأمرين :

أحدهما : أن الملك في الحياة للمفلس ، وهمنا لغيره .

والثاني : أن ذمَّة المفلس خربت همنا خراباً لا يعودُ فاختصاص هذا بالعين يستعصم به الغرماء كثيراً بخلاف حالة الحياة .

٣٤٢٠ « مسألة » قال ﴿ ومن أراد سفراً وعليه حقٌ يستحقُّ قبل مدة سفره فلصاحب الحقِّ منعه ﴾ وجملة ذلك . أن من عليه الدينُ إذا أراد السفر ، وأراد غريمه منعه ، نظرنا فإن كان محلُّ الدين قبل محلِّ قدومه من السفر ، مثلُ أن يكون سفره إلى الحجِّ ، لا بقدَم إلا في صفر ، ودبَّه محلُّ في الحَرَم ، أو ذى الحِجَّة ، فله منعه من السفر . لأنَّ عليه ضرراً في تأخير حقه عن محله . فإن أقام ضميماً مليئاً ، أو دفع رهنًا يفي بالدين عند المحلِّ ، فله السفر ، لأنَّ الضرر يزولُ بذلك . وأمَّا إن كان الدينُ لا يحلُّ إلا بعد محلِّ السفر ، مثلُ أن يكون محله في ربيع ، وقدومه في صفر ، نظرنا . فإن كان سفره إلى الجهاد ، فله منعه إلا بضمينٍ ، أو رهن ، لأنه سفرٌ يتعرض فيه للشهادة ، وذهاب النفس ، فلا يأمن فوات الحقِّ ، وإن كان السفر لغير الجهاد ، فظاهرُ كلام الخرق أنَّه ليس له منعه ، وهو أحد الروایتين عن أحمد . لأنَّ هذا السفر ليس بأمانة على منع الحقِّ في محله ، فلم يملك منعه منه ، كالسفر القصير ، وكالسعى إلى الجمعة ، وقال الشافعي : ليس له منعه من السفر ، ولا المطالبة بكفيل ، إذا كان الدينُ مؤجَّلاً بحال ، سواء كان الدينُ يحلُّ قبل محلِّ سفره ، أو بعده ، أو إلى الجهاد أو إلى غيره . لأنه لا يملك المطالبة بالدين ، فلم يملك منعه من السفر ، ولا المطالبة بكفيل ، كالسفر الآمن القصير .

ولنا : أنه سفر يمنع استيفاء الدين في محله ، فملك منعه منه ، إن لم يؤتقه بكفيل ، أو رهن ، كالسفر بعد حلول الحقِّ . ولأنَّه لا يملك تأخير الدين عن محله . وفي السفر المختلف فيه تأخيرُه عن محله ، فلم يملكه كجحدِه .

كتاب الحجر

الحَجَرُ في اللغة : المنعُ ، والتضييقُ ، ومنه سُمِّيَ الحَرَامُ حَجَرًا ، قال الله تعالى (٢٥ : ٢٢) وَيَقُولُونَ
 حِجْرًا مَحْجُورًا) أى حَرَامًا مُحَرَّمًا وَيُسَمَّى العَقْلُ حِجْرًا ، قال الله تعالى (٨٩ : ٥) هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي
 حِجْرٍ ؟) أى عَقْل . سُمِّيَ حِجْرًا لِأَنَّهُ يَمْنَعُ صاحبه من ارتكاب ما يَنْبُحُ ، وتَضُرُّ عاقبته ، وهو في الشريعة
 مَنَعُ الإنسان من التصرف في ماله . والحَجَرُ على ضربين : حَجَرٌ على الإنسان لِحَقِّ نفسه ، وحَجَرٌ عليه لِحَقِّ
 غيره ، فالحَجَرُ عليه لِحَقِّ غيره ، كالْحَجَرُ على المُفلس ، لِحَقِّ غرمانه ، وعلى المريض في التبرع بزيادة على الثلث ،
 أو التبرع بشيء لو ارث ، لِحَقِّ ورثته ، وعلى المَكاتب والعبد لِحَقِّ سَيِّدِهما ، والراهن ، يُحَجَرُ عليه في الرهن
 لِحَقِّ المرتهن . وهؤلاء أبوابٌ يذكرون فيها ، وأما المحجورُ عليه لِحَقِّ نفسه فتسلاطة : الصبي ، والمجنون ،
 والسَّفِيه . وهذا البابُ مختصٌّ بهؤلاء الثلاثة . والحَجَرُ عليهم حَجَرٌ عامٌ . لأنهم يَمْنَعون التصرف في
 أموالهم ، وذمهم . والأصل في الحجر عليهم قول الله تعالى : (٤ : ٥) وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي
 جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا) والآية التي بعدها ، قال سعيدُ بنُ جبَيْرٍ وعِكْرَمَةُ : هو مال اليتيم عندك ، لَا تُؤْتِيهِ إِيَّاهُ
 وَأَنْفِقْ عَلَيْهِ . وإِنَّمَا أَضَافَ الأموالَ إِلَى الأولياء ، وهى لغيرهم ، لأنَّهم قَرَأُوهَا ومُدَبَّرُوهَا . وقوله تعالى
 (وَأَقْبَلُوا الصَّدَقَاتِ) يعنى اختبروهم في حفظهم لأموالهم (حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ) أى مَبْلَغَ الرجال ، والنساء
 (فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا) أى أَبْصَرْتُمْ ، وَعَلِمْتُمْ مِنْهُمْ حَفَظًا لأموالهم ، وَصَلَحًا في تدبير معاشهم .

٣٤٢١ « مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله ﷺ ومن أُوَسَّيْ مِنْهُ رُشْدٌ دُفِعَ إِلَيْهِ مَالُهُ إِذَا كَانَ قَدْ بَلَغَ
 الكلام في هذه المسألة في فصول ثلاثة :

أحدها : في وجوب دفع المال إلى المحجور عليه إِذَا رُشِدَ وَبَلَغَ . وليس فيه اختلاف بحمد الله تعالى .
 قال ابن المنذر : اتفقوا على ذلك : وقد أمر الله تعالى به في نصِّ كتابه ، بقوله سبحانه (٤ : ٦) وَأَقْبَلُوا
 الصَّدَقَاتِ حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ ، فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ، فادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ولأنَّ الحجرَ عليه
 إِنَّمَا كَانَ لِمَجْزِهِ عَنِ التصرف في ماله على وجه المصاحبة ، حفظاً لماله عاينه . وبهذين المعنيين يقدَّرُ على
 التصرف ويحفظ ماله ، فَيَزُولُ الحجرُ ، لزوال سببه . ولا يُعْتَبَرُ في زوال الحجر عن المجنون إِذَا عَقَلَ حَكْمُ
 حاكمٍ ، بغير خلاف . ولا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ في الصبي إِذَا رُشِدَ ، وبلغ . وبهذا قال الشافعي . وقال مالك :
 لا يزول إلَّا بحكم ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي . لأنه موضعُ اجتهادٍ ، ونَظَر . فإنه يُحْتَاجُ في معرفة
 البلوغ ، والرشد إلى اجتهادٍ ، فيوقف ذلك على حكم الحاكم ، كزوال الحجر عن السفیه .

ولنا : أن الله تعالى أمر بدفع أموالهم إليهم عند البلوغ ، وإيئاس الرشد ، فاشتراط حكم الحاكم زيادةً

تَمْنَعُ الدَّفْعَ عِنْدَ وَجُوبِ ذَلِكَ ، بِدُونِ حَكْمِ الْحَاكِمِ . وَهَذَا خِلَافُ النَّصِّ . وَلِأَنَّهُ حَجَرٌ بَغِيرُ حَكْمِ حَاكِمٍ ، فَيَزُولُ بَغِيرَ حَكْمِهِ ، كَالْحَجَرِ عَلَى الْجَنُونِ ، وَبِهَذَا فَارَقَ السَّفِيهَ . وَقَدْ ذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ : أَنَّ الْحَجَرَ عَلَى السَّفِيهِ يَزُولُ بِزَوَالِ السَّفَةِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ، فَصَارَ الْحَجَرُ مُنْقَسِمًا إِلَى ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ : قِسْمٌ يَزُولُ بَغِيرَ حَكْمِ حَاكِمٍ ، وَهُوَ حَجَرُ الْجَنُونِ . وَقِسْمٌ لَا يَزُولُ إِلَّا بِحَاكِمٍ ، وَهُوَ حَجَرُ السَّفِيهِ . وَقِسْمٌ فِيهِ الْخِلَافُ ، وَهُوَ حَجَرُ الصَّبِيِّ .

الفصل الثاني : أَنَّهُ لَا يَدْفَعُ إِلَيْهِ مَا هُوَ قَبْلَ وَجُودِ الْأَمْرَيْنِ : الْبُلُوغُ ، وَالرُّشْدُ ، وَلَوْ صَارَ شَيْخًا . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَكْثَرُ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ مِنْ أَهْلِ الْحِجَازِ ، وَالْعِرَاقِ ، وَالشَّامِ ، وَمِصْرَ ، يَرَوْنَ الْحَجَرَ عَلَى كُلِّ مَضْيَعٍ لِمَالِهِ ، صَغِيرًا كَانَ أَوْ كَبِيرًا . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدَ بْنِ أَبِي بَكْرٍ الصَّدِّيقِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَرَوَى الْجَوْزَجَانِيُّ ، فِي كِتَابِهِ ، قَالَ : كَانَ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ بَلَى أَمْرَ شَيْخٍ مِنْ قَرِيشٍ ذِي أَهْلٍ ، وَمَالٍ ، فَلَا يَجُوزُ لَهُ أَمْرٌ فِي مَالِهِ دُونَهُ ، لضعف عقله . قَالَ ابْنُ إِسْحَاقَ : رَأَيْتُهُ شَيْخًا يَخْضِبُ ، وَقَدْ جَاءَ إِلَى الْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، فَقَالَ : يَا أَبَا مُحَمَّدٍ ، ادْفَعْ إِلَيَّ مَالِي ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْتَى عَلَى مِثْلِي ، فَقَالَ : إِنَّكَ فَاسِدٌ . فَقَالَ : امْرَأَتُهُ طَالَتْ أَلْبَيْتَهُ ، وَكُلُّ مَمْلُوكٍ لَهُ حَرٌّ إِنْ لَمْ تَدْفَعْ إِلَيَّ مَالِي . فَقَالَ لَهُ الْقَاسِمُ بْنُ مُحَمَّدٍ : وَمَا يَحِلُّ لَنَا أَنْ نَدْفَعَ إِلَيْكَ مَالَكَ عَلَى حَالِكَ هَذِهِ ، فَبَعَثَ إِلَى امْرَأَتِهِ ، وَقَالَ : هِيَ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ ، وَمَا كُنْتُ لِأَخْبِسَهَا عَلَيْكَ ، وَقَدْ فُهِتَ بِطَلَاقِهَا ، فَأَرْسَلْ إِلَيْهَا ، فَأَخْبَرَهَا ذَلِكَ ، وَقَالَ : أَمَّا رَقِيقُكَ فَلَا عِتْقَ لَكَ ، وَلَا كَرَامَةَ ، فَخَبَسَ رَقِيقَتَهُ . قَالَ ابْنُ إِسْحَاقَ : مَا كَانَ يُعَابُ عَلَى الرَّجُلِ إِلَّا سَفَهُهُ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَدْفَعُ مَالَهُ إِلَيْهِ قَبْلَ خَمْسٍ وَعَشْرِينَ سَنَةً ، وَإِنْ تَصَرَّفَ نَقْدًا تَصَرَّفَ . فَإِذَا بَلَغَ خَمْسًا وَعَشْرِينَ سَنَةً فَكَّ عَنْهُ الْحَجْرَ ، وَدْفَعَ إِلَيْهِ مَالَهُ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى (٦ : ١٥٢) وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ ، حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) وَهَذَا قَدْ بَلَغَ أَشُدَّهُ ، وَيَصْلَحُ أَنْ يَكُونَ جَدًّا . وَلِأَنَّهُ حُرٌّ ، بِالْفِغْ ، عَاقِلٌ ، مَكْلَفٌ ، فَلَا يُحَجَّرُ عَلَيْهِ ، كَالرَّشِيدِ .

وَلَنَا : قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) عَتَقَ الدَّفْعَ عَلَى شَرْطَيْنِ . وَالْحَكْمُ لِلْعَاقِلِ عَلَى شَرْطَيْنِ لَا يَقْبُذُ بِدُونِهِمَا . وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) بِعَنَى أَمْوَالِهِمْ : وَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى (٢ : ٢٨٢) فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا ، أَوْ ضَعِيفًا ، أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُؤْمَلَ هُوَ فَلْيُمْلَأْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ) فَأُثْبِتَ الْوِلَايَةُ عَلَى السَّفِيهِ ، وَلِأَنَّهُ مُبْذَرٌ لِمَالِهِ ، فَلَا يَجُوزُ دَفْعُهُ إِلَيْهِ ، كَمَنْ لَهُ دُونَ ذَلِكَ ، وَأَمَّا الْآيَةُ الَّتِي احْتِجَّ بِهَا ، فَإِنَّمَا تَدُلُّ بِدَلِيلِ خُطَابِهَا ، وَهُوَ لَا يَقُولُ بِهِ ، ثُمَّ هِيَ مُخَصَّصَةٌ فِيمَا قَبْلَ خَمْسٍ وَعَشْرِينَ سَنَةً بِالْإِجْمَاعِ ، لِأَنَّ السَّفَهَ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ بَعْدَ خَمْسٍ وَعَشْرِينَ ، فَيَجِبُ أَنْ تُخَصَّصَ بِهِ أَيْضًا . كَمَا أَنَّهَا لَمَّا خُصِّصَتْ فِي حَقِّ الْجَنُونِ ، لِأَجْلِ جَنُونِهِ قَبْلَ

خمس وعشرين ، خُصَّت أيضاً بعد خمس وعشرين ، وما ذكرناه من المنطوق أولى مما استدل به من المفهوم المختص ، وما ذكره من كونه جَدّاً أيس تحته معنى يقتضى الحَكَم ، ولأله أصل يشهد له في الشرع . فهو إنبات للحكم بالحكم . ثم هو مُتَّصِرٌ فيمن له دون هذه السن . فإن المرأة تكون جَدَّةً لإحدى وعشرين سنة ، وقياهم منتقض ممن له دون خمس وعشرين سنة ، وما أوجب الحجر قبل خمس وعشرين يوجبها بعدها . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يصح تصرفه ، ولا إقراره ، وقال أبو حنيفة : يصح بيعه وإقراره ، وإنما لا يُلِمُ إليه ماله . لأن البالغ عنده لا يحجرُ عليه ، وإنما منع تسليم ماله إليه للآية . وقال أصحابنا في إقراره : يلزمه بعد فكّ الحجر عنه إذا كان بالغاً .

ولنا : أنه لا يدفع إليه ماله لعدم رُشدِه . فلا يصح تصرفه ، وإقراره ، كالصبي ، والمجنون . ولأنه إذا نفذ تصرفه ، وإقراره ، تلف ماله . ولم يُقدِّم منه من ماله شيئاً . ولأن تصرفه لو كان نافذاً لُسِّمَ إليه ماله ، كالرشيد . فإنه إنما يمنع ماله حفظاً له . فإذا لم يتحقق بالمنع ، وجب تسليمه إليه بحكم الأصل .

(الفصل الثالث في البلوغ) ويحصل في حق الغلام ، والجارية ، بأحد ثلاثة أشياء ، وفي حق الجارية بشيئين ، يختصان بها . أما الثلاثة المشتركة بين الذكر والأنثى : فأولها خروج المني من قُبُلِهِ ، وهو الماء الدفْقُ الذي يُخْلَقُ منه الولد . فكيفما خرج ، في بقظة ، أو منام ، أو مجماع ، أو احتلام ، أو غير ذلك ، حصل به البلوغ . لا نعلم في ذلك اختلافاً ، لقول الله تعالى (وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا ، (وقوله) ، (وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُم) وقول النبي صلى الله عليه وسلم : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ ، عَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » وقوله عليه السلام لمعاذ « خُذْ مِنْ كُلِّ حَالِمٍ دِينَاراً » رواها أبو داود . قال ابن المنذر : وأجمعوا على أن الفرائض ، والأحكام تجب على المحتلم الماقل ، وعلى المرأة بظهور الحيض منها . وأما الإنبات ، فهو أن يَنْبُتَ الشعرُ الخشنُ حول ذكر الرجل ، أو فرج المرأة ، الذي استحقَّ أخذه بالموسى . وأما الزَّغَبُ الضعيفُ ، فلا اعتبار به ، فإنه يثبت في حق الصغير ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، في قول ، وقال في الآخر : هو بلوغ في حق المشركين ، وهل هو بلوغ في حق المسلمين ؟ فيه قولان . وقال أبو حنيفة : لا اعتبار به ، لأنه نبات شعر . فأشبهه نبات شعر سائر البدن .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حَكَمَ سعد بن معاذ في بني قُرَيْظَةَ : « حَكَمَ بِأَنْ تُقْتَلَ مَقَاتِلُهُمْ ، وَتُسَبَّى ذُرَارِيُّهُمْ ، وَأَمَرَ أَنْ يُكْشَفَ عَنْ مُؤَزَّرِهِمْ ، فَمَنْ أَنْبَتَ فَهُوَ مِنَ الْمُقَاتِلَةِ ، وَمَنْ لَمْ يَنْبِتْ الْحَقْوَةَ بِالذَّرْبَةِ » وقال عطية القرظي : « عُرِضَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَوْمَ قُرَيْظَةَ ، فَشَكَّرُوا فِي قَامَرِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنْ يَنْظُرَ إِلَى ، هَلْ أَنْبَتَ بَعْدُ ؟ فَنَظَرُوا إِلَى قَلَمٍ يَجِدُونِي أَنْبَتَ بَعْدُ ، فَالْحَقُونِي بِالذَّرْبَةِ » متفق على معناه ، وكتب عمر رضي الله عنه إلى عامله : (م ٤٤ — المني — رابع)

« أَنْ لَا تَأْخُذَ الْجُرْبَةَ إِلَّا مِمَّنْ جَرَتْ عَلَيْهِ الْمَوَاسِي ، وَرَوَى مُحَمَّدُ بْنُ يَحْيَى بْنُ حَبَّانٍ : « أَنْ غُلَامًا مِنَ الْأَنْصَارِ شَبَّبَ بِامْرَأَةٍ فِي شِعْرِهِ ، فَرَفَعَ إِلَى عُمَرَ ، فَلَمْ يَجِدْهُ أَنْبَتَ فَقَالَ : لَوْ أَنْبَتَ الشَّعْرَ لَحَدَّذُكَ » ولأنه خارج بلازمه البلوغ غالباً ، ويستوى فيه الذكر ، والأنثى . فكان علماً على البلوغ ، كالاختلام . ولأن الخارج ضربان : متصل ، ومنفصل . فلما كان من المنفصل ما يثبت به البلوغ كان كذلك المتصل . وما كان بلوغاً في حق المشركين ، كان بلوغاً في حق المسلمين ، كالاختلام ، والسن . وأما السن ، فإن البلوغ به في الغلام ، والجارية بخمس عشرة سنة ، وبهذا قال الأوزاعي ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال داود : لا حد للبلوغ من السن ، لقوله عليه السلام « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ عَنْ الْعَبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ » وإثبات البلوغ بغيره يخالف الخبر . وهذا قول مالك ، وقال أصحابه : سبع عشرة أو ثمان عشرة ، وروى عن أبي حنيفة في الغلام روايتان :

إحدهما . سبع عشرة .

والثانية : ثمان عشرة ، والجارية سبع عشرة بكل حال . لأن الحد لا يثبت إلا بتوقيف ، أو اتفاق ، ولا توقيف في هذا ، ولا اتفاق .

ولما . أن ابن عمر قال « عُرِضَتْ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةً فَلَمْ يُجْزِنِي فِي الْقِتَالِ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَأَجَازَنِي » متفق عليه وفي لفظ « عُرِضْتُ عَلَيْهِ يَوْمَ أَحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ فَرَدَّنِي وَلَمْ يَرِنِي بَلَعْتُ ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ فَأَجَازَنِي » فأخبر بهذا عمر بن عبد العزيز ، فكتب إلى عماله « أَنْ لَا تَقْرِضُوا إِلَّا لِمَنْ بَلَغَ خَمْسَ عَشْرَةَ » رواه الشافعي في مسنده ، ورواه الترمذي . وقال حديث حسن ، صحيح ، وروى عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمَوْلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً كُتِبَ عَلَيْهِ مَالُهُ وَمَا عَلَيْهِ وَأُخِذَتْ مِنْهُ الْخُدُودُ » ولأن السن معني يحصل به البلوغ ، يشترك فيه الغلام ، والجارية ، فاستويا فيه كالإزال . وما ذكره أصحاب أبو حنيفة . ففيما روينا جواب عنه ، وما احتج به داود لا يمنع إنبات البلوغ بغير الاختلام ، إذا ثبت بالدليل . ولهذا كان إنبات الشعر علماً عليه . وأما الحيض فهو علم على البلوغ ، لأنهم فيه خلافاً . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ » رواه الترمذي ، وقال حديث حسن ، وأما الحمل فهو علم على البلوغ ، لأن الله تعالى أجرى العادة أن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل ، وماء المرأة . قال الله تعالى : (٨٦ : ٥ - ٧ فَلْيَنْظُرِ الْإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ * خُلِقَ مِنْ مَّاءٍ ذَافِقٍ * يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ) وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك في الأحاديث ، فمات حاتم بلوغها في الوقت الذي حملت فيه .

٣٤٢٢ (فصل) وإذا وُجدَ خروجُ المنيّ من ذكر الخُنثَى المشكِـل ، فهو عَـلِمٌ على بُلُوغِهِ وكونِهِ رجلاً ، وإن خرج من فرجه ، أو حاض ، فهو علم على بُلُوغِهِ ، وكونه امرأةً . وقال القاضي : ليس واحد منهما علماً على البلوغ ، فإن اجتماعهما فقد بلغ ، وهذا مذهبُ الشافعيّ ، لجواز أن يكون الفرجُ الذي خرج منه ذلك خِلْمَةً زائدةً .

ولنا : أن خروج البول من أحد الفرجين دليلٌ على كونه رجلاً ، أو امرأةً ، فخرج المنيّ والخليض أولى . وإذا ثبت كونه رجلاً خرج المنيّ من ذكره ، أو امرأةً خرج الخليض من فرجها ، لزم وجودُ البلوغ . ولأنَّ خروج منيّ الرجل من المرأة ، والحيض من الرجل مُستحيل . فكان دليلاً على التعمين . فإذا ثبت التعمينُ . لزم كونه دليلاً على البلوغ ، كما لو تعيّن قبل خروجه . ولأنه منيٌّ خارج من ذكر ، أو حيضٌ خارج من فرج . فكان علماً على البلوغ ، كالمه ، الخارج من الغلام ، والحيض الخارج من الجارية ، ولأنهم سَلِمُوا أن خروجهما معاً دليلٌ على البلوغ ، فخرج أحدهما منفرداً أولى . لأن خروجهما معاً يقتضى تعارضهما ، وإسقاط دلالتهما ، إذ لا يُتَصَوَّر أن يجتمع حيضٌ صحيحٌ ، ومنيٌّ رجل ، فيلزم أن يكون أحدهما قُضْلَةً خارجةً من غير محلّها ، وليس أحدهما بذلك أولى من الآخر ، فتبطل دلالتهما ، كأبيّنتين إذا تعارضتا ، وكالبول إذا خرج من الفرجين جميعاً ، بخلاف ما إذا وجد أحدهما منفرداً . فإن الله تعالى أجرى العادة بأن الحيض يخرج من فرج المرأة عند بلوغها . ومنيّ الرجل يخرج من ذكره عند بلوغه . فإذا وجد ذلك من غير معارض وجب أن يثبت حكمه ، ويقضى بثبوت دلالته ، كالحكم بكونه رجلاً بخروج البول من ذكره ، وبكونه امرأةً بخروجه من فرجها . والحكم للغلام بالبلوغ بخروج المنيّ من ذكره ، وللجارية بخروج الحيض من فرجها . فعلى هذا إن خرجا معاً لم يثبت كونه رجلاً ، ولا امرأةً . لأن الدليلين تعارضا . فأشبه ما لو خرج البول من الفرجين ، وهل يثبت البلوغ بذلك ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يثبت ، وهو اختيار القاضي ، ومذهبُ الشافعيّ . لأنه إن كان رجلاً فقد خرج المنيّ من ذكره ، وإن كان امرأةً فقد حاضت .

والثاني . لا يثبت ، لأنه يجوز أن لا يكون هذا حيضاً ، ولا منياً ، فلا يكون فيه دِلالةٌ ، وقد دلّ تعارضهما على ذلك ، فانتفت دلالتهما على البلوغ ، كانتفاء دلالتهما على الذكورية ، والأنوثة . والله أعلم .

٣٤٢٣ « مسألة » قال ﴿ وكذلك الجارية وإن لم تنكِح ﴾

يعنى أن الجارية إذا بلغت ، وأونس رُشدُها بعد بلوغها ، دُفِعَ إليها مالُها ، وزال الحجرُ عنها ، وإن لم تنزوّج ، وبهذا قال عطاء ، والنوريّ ، وأبو حنيفة ، والشافعيّ ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، ونقل أبو طالب عن أحمد : لا يُدفع إلى الجارية مالُها بعد بلوغها حتى تنزوّج ، وتلد ، أو يمضي عليها سنة في بيت

الزوج . روى ذلك عن عمر ، وبه قال شريح ، والشعبي ، وإسحاق . لما روى عن شريح أنه قال : « عهد إلى عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أن لا أجيز جارية عطية حتى تحول في بيت زوجها حولا ، أو ولد ولدا » رواه سعيد في سننه . ولا يُمرف له مخالف ، فصار إجماعا . وقال مالك : لا يدفع إليها مالها حتى تزوج ، ويدخل عليها زوجها . لأن كل حالة جاز للأب تزويجها من غير إذنها ، لم ينفك عنها الحجر ، كالصغيرة .

ولنا : عموم قوله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) ولأنها يقيم بلغ ، وأونس منه الرشد ، فيُدفع إليه ماله ، كالرجل . ولأنها بالغة رشيدة ، فجاز لها التصرف في مالها ، كالتي دخل بها الزوج . وحديث عمر إن صح فلم يُعلم انتشاره في الصحابة . ولا يترك به الكتاب والقياس ، على أن حديث عمر مختص بمنع العطية ، فلا يلزم منه المنع من تسليم مالها إليها ، ومنعها من سائر التصرفات . ومالك لم يعمل به ، وإنما اعتمد على إيجاب الأب لها على النكاح ، ولنا أن نمنع ذلك ، وإن سلمناه فلأنما أجبرها على النكاح لأن اختيارها للنكاح ومصلحته لا يُعلم إلا بمباشرة ، والبيع ، والشراء ، والمعاملات ممكنة قبل النكاح ، وعلى هذه الرواية إذا لم تزوج أصلا احتمل أن يدوم الحجر عليها . عملا بعموم حديث عمر ، ولأنه لم يوجد شرط دفع مالها إليها ، فلم يجوز دفعه إليها ، كما لو لم ترشد ، وقال القاضي : عندي أنه يُدفع إليها مالها إذا عذست وبرزت للرجال ، يعني كبرت .

٣٤٢٤ (فصل) وظاهر كلام الخواري : أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة . وهذا لإحدى الروایتين عن أحمد . وهو مذهب أبي حنيفة ، والشافعي ، وابن المنذر ، وعن أحمد رواية أخرى : ليس لها أن تصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوض ، إلا بإذن زوجها ، وبه قال مالك . وحكي عنه في امرأة حلفت أن تعتق جارية لها وليس لها غيرها ، فحلفت ، ولها زوج فرد ذلك عليها زوجها ، قال : له أن يرد عليها ، وليس لها عتق لما روى « أن امرأة كعب بن مالك أنت النبي صلى الله عليه وسلم بحلي لها فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : لا يجوز للمرأة عطية حتى يأذن زوجها ، فهل استأذنت كعبا ؟ فقالت : نعم ، فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى كعب ، فقال : هل أذنت لها أن تتصدق بحليها ؟ قال : نعم : فقبله رسول الله صلى الله عليه وسلم . رواه ابن ماجه ، وروى أيضا عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في خطبة خطبها « لا يجوز لامرأة عطية في مالها إلا بإذن زوجها إذا هو مالك عصمتها » رواه أبو داود . ونفذه عن عبد الله بن عمرو : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

« لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » ولأنَّ حقَّ الزوج متعلِّقٌ بمالها . فإنَّ النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال : « تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ لِمَالِهَا ، وَجَمَالِهَا وَدِينِهَا » والعادة أنَّ الزوج يزيدُ في مهرها من أجل مالها ، ويتبسَّط فيه ، وينتفع به ، فإذا أُعسر بالنفقة أنظرته ، فجرى ذلك تجرَّى حقوقُ الورثة المتعلِّقة بمال المريض .

ولنا : قوله تعالى (فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا ، فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) وهو ظاهرٌ في فكِّ الحجر عنهم ، وإطلاقهم في التصرف . وقد ثبت أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال : « يَأْمُرُ النَّبِيُّ تَصَدَّقْنَ ، وَلَوْ مِنْ حَلِيكِكُمْ » وأنَّهنَّ تَصَدَّقْنَ فَمَقْبَلَ صَدَقَتِهِنَّ ولم يسأل ، ولم يستفصل ، وأنَّه زَيْنَبُ امرأةُ عبد الله ، وامرأةُ أخرى اسمها زَيْنَبُ ، فسألته عن الصدقة : هل يُجْزِيَنَّ أَنْ يَتَصَدَّقْنَ عَلَى أَزْوَاجِهِنَّ ، وأَيْتَامِهِنَّ ؟ فقال : « نَعَمْ » ولم يذكر لهنَّ هذا الشرط ، ولأنَّ من وجب دفعُ ماله إليه لرُشده جاز له التصرف فيه من غير إذنٍ ، كالغلام ، ولأنَّ المرأةَ من أهل التصرف ، ولا حقَّ لزوجها في مالها ، فلم يملك الحجرَ عليهما في التصرف بجميعه ، كأختها ، وحديثهم ضعيف ، وشعيب لم يدرك عبد الله بن عمرو ، فهو مرسل ، وعلى أنه صحيح محمول على أنه لا يجوز عطيتهما لماله بغير إذنه ، بدليل أنه يجوز عطيتهما ما دون الثلث من مالها ، وليس معهم حديثٌ يدلُّ على تحديد المنع بالثلث ، فالتحديدُ بذلك تحكُّمٌ ليس فيه توقيفٌ ؛ ولا عليه دليل ، وقياسهم على المريض غير صحيح ؛ لوجوه :

أحدها : أن المرض سببٌ يُفْضِي إلى وصول المال إليهم بالميراث ، والزوجةُ إنما تجعله من أهل الميراث ، فهي أحد وصفي العلة فلا يثبت الحكمُ بمجردَها كما لا يثبتُ للمرأة الحجرُ على زوجها ، ولا لسائر الوراث بدون المرض .

الثاني : أن تبرع المريض موقوف ، فإن برى من مرضه صحَّ تبرُّعه ، وههنا أبطلوه على كلِّ حال والفرع لا يزيد على أصله .

الثالث أن ما ذكره منتقض بالمرأة ، فإنَّها تنتفع بمال زوجها ، وتبسَّط فيه عادةً ، ولها النفقة منه ، وانتفاعها بماله أكثرُ من انتفاعه بمالها ، وليس لها الحجرُ عليه ، وعلى أن هذا المعنى ليس بموجود في الأصل ، ومن شرط صحة القياس وجودُ المعنى المثبت للحكم في الأصل والفرع جميعاً .

٣٤٢٥ (فصل) وهل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها بالشئ اليسير بغير إذنه ؟ على روايتين : إحداهما : الجواز . لأنَّ عائشة قالت : قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم . « مَا أَنْفَقَتْ أَرَأَةٌ مِنْ نَيْتِ زَوْجِهَا غَيْرَ مُنْعِدَةٍ كَانَ لَهَا أَجْرُهَا وَكَهْ مِثْلُهُ بِمَا كَتَبَ ، وَلَهَا بِمَا أَنْفَقَتْ وَلِاخْزَانٍ مِثْلُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُنْفَقَ مِنْ أَجُورِهِمْ شَيْءٌ » ولم يذكر إذنا ، وعن أسماء أنها جاءت النبيَّ صلى الله عليه وسلم

فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ لَيْسَ لِي شَيْءٌ إِلَّا مَا أَدْخَلَ عَلَيَّ الزُّبَيْرُ ، فَهَلْ عَلَيَّ جُنَاحٌ أَنْ أَرْضَحَ^(١) مِمَّا يَدْخُلُ عَلَيَّ ؟ فَقَالَ : « أَرْضَحِي مَا اسْتَطَعْتَ وَلَا تَوْعِي^(٢) فَيَوْعَى عَلَيْكَ » متفق عليهما ، وَرَوَى أَنَّ امْرَأَةً أَتَتْ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا كُلُّ عَلَيَّ أَزْجَانًا ، وَأَبَانَا ، فَمَا يَحِلُّ لَنَا مِنْ أَمْوَالِهِمْ ؟ قَالَ : « الرُّشَابُ تَأْكُلِيهِمْ وَتَهْدِيهِمْ » وَلَأَنَّ الْمَادَّةَ السَّامِحُ بِذَلِكَ ، وَطَيِّبُ النَّفْسِ ، فَجَرَى مَجْرَى صَرِيحِ الْإِذْنِ ، كَأَنَّ تَقْدِيمَ الطَّامِ بَيْنَ يَدَيِ الْأَكَلَةِ قَامَ مَقَامَ الْإِذْنِ فِي أَكْلِهِ .

وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ : لَا يَجُوزُ ، لَمَّا رَوَى أَبُو أُمَامَةَ الْبَاهِلِيُّ ، قَالَ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ « لَا تُنْفِقُ الْمَرْأَةُ شَيْئًا مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا » . قِيلَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وَلَا الطَّعَامَ ؟ قَالَ : ذَلِكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا » رَوَاهُ سَعِيدٌ فِي سُنَنِهِ . وَقَالَ : النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « لَا يَحِلُّ مَالُ امْرَأَةٍ مُسْلِمَةٍ إِلَّا عَنْ طَيِّبِ نَفْسٍ مِنْهُ » وَقَالَ : « إِنَّ اللَّهَ حَرَّمَ بَيْنَكُمْ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ كَحُرْمَةِ بَوَائِكُمْ هَذَا فِي شَهْرِكُمْ هَذَا فِي بَلَدِكُمْ هَذَا » وَلِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِمَالٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَتْفِيرِ الزَّوْجَةِ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ . لِأَنَّ الْأَحَادِيثَ فِيهَا خَاصَّةٌ صَحِيحَةٌ ، وَالْخَاصُّ يُقَدِّمُ عَلَى الْعَامِّ ، وَبَيِّنُهُ ، وَبِعَرَفٍ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْعَامِّ غَيْرُ هَذِهِ الصُّورَةِ الْخُصُوصَةِ ، وَالْحَدِيثُ الْخَاصُّ لِهَذِهِ الرَّوَايَةِ ضَعِيفٌ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ الْمَرْأَةِ عَلَى غَيْرِهَا ، لِأَنَّهَا بِحَكْمِ الْمَادَّةِ تَنْصَرِّفُ فِي مَالِ زَوْجِهَا ، وَتَنْتَسِطُ فِيهِ ، وَتَتَصَدَّقُ مِنْهُ ، لِحُضُورِهَا ، وَغَيْبَتِهِ وَالْإِذْنُ الْعَرُفِيُّ يَقُومُ مَقَامَ الْإِذْنِ الْحَقِيقِيِّ ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهَا : أَفَدَلِ هَذَا ، فَإِنَّ زَوْجَهَا ذَلِكَ ، وَقَالَ : لَا تَتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ ، وَلَا تَتَبَرَّعِي مِنْ مَالِي بِقَلِيلٍ ، وَلَا كَثِيرٍ ، لَمْ يَجُزْ لَهَا ذَلِكَ . لِأَنَّ الْمَنْعَ الصَّرِيحَ نَقِيٌّ لِلْإِذْنِ الْعَرُفِيِّ ، وَلَوْ كَانَ فِي بَيْتِ الرَّجُلِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَ امْرَأَتِهِ ، كَجَارِيَتِهِ ، أَوْ أُخْتِهِ ، أَوْ غُلَامِهِ الْمُتَصَرِّفِ فِي بَيْتِ سَيِّدِهِ ، وَطَعَامِهِ ، جَرَى مَجْرَى الزَّوْجَةِ فِيمَا ذَكَرْنَا ، لَوْجُودِ الْمَعْنَى فِيهِ ، وَلَوْ كَانَتْ امْرَأَتُهُ مَمْنُوعَةٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي بَيْتِ زَوْجِهَا ، كَالَّتِي يُطْعَمُهَا بِالْفَرَضِ ، وَلَا يُمْكِنُهَا مِنْ طَعَامِهِ ، وَلَا مِنَ التَّصَرُّفِ فِي شَيْءٍ مِنْ مَالِهِ لَمْ يُجْزَلْهَا الصَّدَقَةُ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهِ ، لَعَدِمَ الْمَعْنَى فِيهَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

« مَسْأَلَةٌ » قَالَ ﴿ وَالرُّشْدُ الصَّلَاحُ فِي الْمَالِ ﴾

هَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْهُمْ : مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : الرُّشْدُ صَلَاحُهُ فِي دِينِهِ ، وَمَالِهِ ، لِأَنَّ الْفَاسِقَ غَيْرُ رَشِيدٍ ، وَلِأَنَّ إِفْسَادَهُ لِدِينِهِ يَمْنَعُ النِّفْقَةَ بِهِ فِي حِفْظِ مَالِهِ ، كَمَا يَمْنَعُ قَبُولَ قَوْلِهِ ، وَثُبُوتَ الْوَلَايَةِ عَلَى غَيْرِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُعْرِفْ مِنْهُ كَذِبٌ ، وَلَا تَبْذِيرٌ .

(١) الرضخ: العطاء اليسير .

(٢) توعى : نجسى ، أى لا تمنع العطاء وتجبى النفقة على الفقراء ، فيوعى عليك أى يحبسها الله عنك ،

وهو مأخوذ من وضع الشيء في الوعاء .

ولنا : قول الله تعالى (فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) قال ابن عباس : يعنى صلاحاً في أموالهم . وقال مجاهد : إذا كان عاقلاً ، ولأن هذا إثبات ونسكرة ، ومن كان مُصْديحاً لماله فقد وُجِدَ منه رُشْدٌ ، ولأن العدالة لا تُعتبر في الرُشد في الدوام ، فلا تُعتبر في الابتداء ، كالزهد في الدنيا ، ولأن هذا مُصاح لماله ، فأشبهه العدل ، يُحقِّقه أن الحجر عليه إنما كان لحفظ ماله عليه ، فالْمَوْزُ فيه ما أثر في تضييع المال ، أو حفظه ، وقولهم إن الفاسق غير رشيد ، قلنا : هو غير رشيد في دينه ، أما في ماله ، وحفظه ، فهو رشيد ، ثم هو منتقض بالكفر ، فإنه غير رشيد ، ولم يُحجَّر عليه من أجله ، ولو كانت العدالة شرطاً في الرُشد لزال بزوالها ، كحفظ المال ، ولا يلزم من منع قبول القول منع دفع ماله إليه ، فإن من يُعرف بكثرة الغلط ، والغفلة ، والنسيان ، أو مَنْ يَأْكُل في السوق ، ويمتدّ رجليه في مجامع الناس ، وأشباههم لا تقبل شهادتهم ، وتدفع إليهم أموالهم . إذا ثبت هذا : فإن الفاسق إن كان يُنفق ماله في المعاصي ، كشراء الخمر ، وآلات اللهو ، أو يتوصل به إلى الفساد ، فهو غير رشيد ، لتبذيره لماله ، وتضييعه إياه في غير فائدة ، وإن كان فسقه لغير ذلك ، كالكذب ، ومنع الزكاة ، وإضاعة الصلاة ، مع حفظه لماله ، دُفِعَ ماله إليه . لأن المقصود بالحجّر حفظ المال وماله محفوظ بدون الحجّر ، فلا حاجة إليه ، ولذلك لو طرأ الفسق بعد دفع ماله إليه ، لم يُنزع منه .

٣٤٣٦ (فصل) وإنما يعرف رُشده باختباره ، لقول الله تعالى (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا الذَّكَاءَ) يعنى اختبروهم ، كقوله تعالى (لِيَبْلُوَكُمْ أَيُّكُمْ أَحْسَنُ مَعْلًا ؟) أى يختبركم ، واختباره بتفويض النصرفات التي يتصرف فيها أمثاله . فإن كان من أولاد التجار فوض إليه البيع ، والشراء ، فإذا تكررت منه ، فلم يُغْفَرْ ، ولم يُضَيِّع مافي يديه ، فهو رشيد ، وإلّا كان من أولاد الدهّاقين ، والكُبراء ، الذين يُصَنّ أمثالهم عن الأسواق ، دُفِعَتْ إليه نفقة مُدَّةٍ لينفقها في مصالحه ، فإن كان قيماً بذلك ، يصرّفها في مواقعها ، ويستوفي على وكيله ، ويستقضى عليه ، فهو رشيد . والمرأة يُفوض إليها ما يُفوض إلى ربة البيت ، من استئجار الغزالات ، وتوكيلها في شراء السكّان ، وأشباه ذلك ، فإن وُجِدَتْ ضابطة لما في يديها ، مُستوفية من وكيلها ، فهي رشيدة ، ووقت الاختبار قبل البلوغ ، في إحدى الروايتين ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأن الله تعالى قال : (وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا الذَّكَاءَ) فَإِنْ آتَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ) فظاهر الآية أن ابتلاءهم قبل البلوغ لوجهين : أحدهما : أنه سمّاهم يتامى . وإنما يكونون يتامى قبل البلوغ .

والثاني : أنه مدّه اختبارهم إلى البلوغ بلفظة حتى . فدلّ على أن الاختبار قبله . ولأن تأخير الاختبار إلى البلوغ مؤدّر إلى الحجّر على البالغ الرشيد . لأن الحجّر يمتدّ إلى أن يُختبر ، ويُعلم رُشده ، واختباره

قبل البلوغ يمنع ذلك ، فكان أولى ، ولكن لا يُختبر إلا المراهق المميز ، الذي يعرف البيع ، والشراء ، والمصاحبة من المفسدة ، ومتى أذن له وليه ، تصرف ، صح تصرفه ، على ما ذكرنا فيما مضى . وقد أوما أحمد في موضع إلى أن اختباره بعد البلوغ لأن تصرفه قبل ذلك تصرف ممن لم يوجد فيه مظنة العقل ، وقد اختلف أصحاب الشافعي في وقت الاختبار على نحو مما ذكرنا فيما مضى من الروايتين .

٣٤٢٧ « مسألة » قال (فإن عاود السفه حُجِرَ عليه)

وجاءته : أن المحجور عليه إذا فكَّ عنه الحجر لرشده ، ودفع إليه ماله ، ثم عاد السفه أعيدَ عليه الحجر ؛ وبهذا قال القاسم بن محمد ، ومالك ، والشافعي ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : لا يبدأ الحجر على بالغ عاقل ، وتصرفه نافذ . وروى ذلك عن ابن سيرين ، والنخعي ، لأنه حرٌّ مكلف ، فلا يُحجر عليه كالرشيد .

ولنا : إجماع الصحابة ، وروى عروة بن الزبير : أن عبد الله بن جعفر ابتاع بيعاً ، فقال على رضي الله عنه : لا تبين عثمان لي حجر دليكي ، فأتى عبد الله بن جعفر الزبير ؛ فقال : قد ابتعت بيعاً ، وإن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان ، فيسأله الحجر على ، فقال الزبير أنا شريكك في البيع ، فأتى على عثمان ، فقال : إن ابن جعفر قد ابتاع ببيع كذا ، فاحجر عليه . فقال الزبير : أنا شريكه في البيع ، فقال عثمان : كيف أحجر على رجل شريكه الزبير ؟ قال أحمد : لم أسمع هذا إلا من أبي يوسف القاضي ، وهذه قصة يشتهر مثلها ، ولم يخالفها أحد في عصرهم ، فتسكون إجماعاً ، ولأن هذا سفيه ، فيحجر عليه ، كما لو بلغ سفيهاً ، فإن الملة التي اقتضت الحجر عليه إذا بلغ سفيهاً سفيه ، وهو موجود ، ولأن السفه لو قارن البلوغ منع دفع ماله إليه . فإذا حدث أوجب انتزاع المال ، كالجنون ، وفارق الرشيد ، فإن رشده لو قارن البلوغ لم يمنع دفع ماله إليه .

٣٤٢٨ (فصل) ولا يحجر عليه إلا الحاكم ، وبهذا قال الشافعي ، وقال محمد : يصير محجوراً عليه بمجرد تبذيره . لأن ذلك سبب الحجر ، فأشبه الجنون .

ولنا : أن التبذير يختلف ، ويختلف فيه ، ويحتاج إلى الاجتهاد ؛ فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد ، لم يثبت إلا بحكم الحاكم . كابتداء مدة العنة^(١) ولأنه حجر مختلف فيه ، فلم يثبت إلا بحكم الحاكم ، كالحجر على المفلس ، وفارق الجنون ، فإنه لا يفتقر إلى الاجتهاد ، ولا خلاف فيه ، ومتى حُجِرَ عليه ، ثم عاد ، فرشده ، فك الحجر عنه ، ولا يزول إلا بحكم الحاكم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو الخطاب : يزول السفه ، لأنه سبب الحجر ، فيزول بزواله ، كما في حق الصبي ، والجنون .

(١) العنة : عدم القدرة على الجماع .

ولنا : أنه حجر ثبت بحكم الحاكم ، فلا يزول إلاّ به ، كحجر المفلس ، ولأنّ الرشد يحتاج إلى تأمل ، واجتهاد في معرفته ، وزوال تبذيره ، فكان كابتداء الحجر عليه ، وفارق الصبيّ ، والمجنون ، فإنّ الحجرَ عليهما بغير حُكم حاكم ، فيزول بغير حكمه ، ولأنّنا لو وقفنا تصرف الناس على الحاكم ، كان أكثر الناس محجوراً عليه . قال أحمد : والشيخ الكبير يُنكرُ عقله يُحجّرُ عليه ، يعني : إذا كبر ، واختلّ عقله حُجِرَ عليه ، بمنزلة المجنون ، لأنه يعجزُ بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة ، وحفظه ، فأشبهه الصبيّ ، والسفيه .

٣٤٢٩ « مسألة » قال ﴿ فن عامله بعد ذلك فهو المتلف لِماله ﴾

وجهاته : أن الحاكم إذا حجر على السفيه استحبّ أن يُشهِدَ عليه ، ليظهر أمره فتجنب معاملته ، وإن رأى أن يأمرُ سُنَادِيًا يُنادى بذلك ، ليعرفه الناسُ فعمل ، ولا يُشترط الإشهاد عليه . لأنه قد ينتشر أمره بشهرته ، وحديث الناس به ، فإذا حجر عليه فباع ، واشترى ، كان ذلك فاسداً واسترجع الحاكمُ ما باع من ماله ، وردّ الثمن إن كان باقياً ، وإن أتلّفه السفيه ، أو تلف في يده ، فهو من ضمان المشتري ، ولا شيء على السفيه ، وكذلك ما أخذ من أموال الناس برضا أصحابها ، كالذي يأخذُه بقرضٍ ، أو شراء ، وغير ذلك ، ردّه الحاكمُ إن كان باقياً ، وإن كان تالفاً فهو من ضمان صاحبه ، علم بالحجر عليه ، أو لم يعلم ، لأنه إن علم فقد فَرِطَ بدفع ماله إلى من حُجِرَ عليه ، وإن لم يعلم فهو مُفَرِّطٌ ، إذا كان في مَظَنَّةِ الشُّبهة هذا إذا كان صاحبه قد سَلَّطَه عليه . فأما إن حصل في يده باختيار صاحبه من غير تسليط . كالوديعة . والعارية . فاختار القاضى أنه يلزمه الضمان إن أتلّفه . أو تلف بتفريطه . لأنه أتلّفه بغير اختيار صاحبه ، فأشبه ما لو كان القبضُ بغير اختياره . ويحتملُ أنه لا يضمنُ . لأنه عَرَضَها لإتلافه . وسلَّطَه عليها . فأشبه المبيع . وأما ما أخذه بغير اختيار صاحبه . أو أتلّفه . كالغصب والجناية . فعليه ضمانه . لأنه لا تفريط من المالك . لأنّ الصبيّ ، والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه أولى ، ومذهب الشافعيّ في هذا كله كذلك .

(فصل) والحكم في الصبيّ ، والمجنون ، كالحكم في السفيه ، في وجوب الضمان عليهما فيما أتلّفاه من مال غيرهما بغير إذنه ، أو غصباه ، فتلف في أيديهما ، وانتفاء الضمان عنهما فيما حصل في أيديهما باختيار صاحبه ، وتسليطه ، كالثمن ، والمبيع ، والقرض ، والاستدانة ، وأما لوديعة ، والعارية ، فلا ضمان عليهما فيما تلف بتفريطهما ، وإن أتلّفاه في ضمانه وجهان .

٣٤٣٠ (فصل) ولا ينظرُ في مال الصبيّ ، والمجنون ، مادام في الحجر ، إلا الأب أو وصيه بعده ، أو الحاكم عند عدمهما ، وأما السفيه ، فإن كان محجوراً عليه صغيراً ، واستديم الحجرُ عليه ، لسفهه ، فالوليّ (٤٥ - المغني - رابع)

فيه مَنْ ذكرناه ، وإن جُدِّدَ الحَجْرُ عليه بعد بلوغه ، لم يَنْظَرُ في ماله إلا الحاكم لأن الحجرَ يفتقرُ إلى حكم حاكم ، وزواله يفتقرُ إلى ذلك ، فكذلك النظرُ في ماله .

٣٤٣١ « مسألة » قال ﴿ وإن أقرَّ المحجورُ عليه بما يوجب حداثاً ، أو قصاصاً ، أو طلاقاً زوجته ،

لزمه ذلك ﴾

وجملته أن المحجور عليه لقلبي ، أو سَفَهٍ إذا أقرَّ بما يوجب حداثاً ، أو قصاصاً ، كالزنا ، والسرقة ، والشرب ، والتدفع ، والقتل العمد ، أو قطع اليد ، وما أشبهها ، فإن ذلك مقبول ، ويلزمه حكم ذلك في الحال ، لا نعلم في هذا خلافاً . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز ، إذا كان إقراره بزناً أو سرقة ، أو شرب خمر ، أو قذف ، أو قتل ، وأن الحدود تُقام عليه ، وهذا قول الشافعي ، وأبي نور ، وأصحاب الرأي ، ولا أحفظ عن غيرهم خلافتهم ، وذلك لأنه غير مشتم في حق نفسه ، والمحجور إنما تعاق بماله ، فقبل إقراره على نفسه بما لا يمتلئ بالمال ، وإن طلق زوجته نفذ طلاقه في قول أكثر أهل العلم ، وقال ابن أبي ليلى : لا يقع طلاقه . لأن البضع كالمجرى مجرى المال ، بدليل أنه يملكه بماله ، ويصح أن يزول ملكه عنه بماله ، فلم يملك التصرف فيه ، كالمال .

ولنا : أن الطلاق ليس بتصرف في المال ، ولا يجرى مجراه ، فلا يمنع منه ، كالإقرار بالحد ، والقصاص ، ودليل أنه لا يجري مجرى المال : أنه يصح من العبد بغير إذن سيده ، مع منعه من التصرف في المال ، ولا يملك بالديار ، ولأنه مكلف طلق امرأته مختاراً ، فوقع طلاقه ، كالعبد ، والمكاتب .

٣٤٣٢ (فصل) إذا أقرَّ بما يوجب القصاص ، فعفا المقرُّ له على مال ، احتمل أن يجب المال . لأنه عفو عن قصاص ثابت ، فصح ، كما لو ثبت بالبيئة ، واحتمل أن لا يصح . لئلا يتخذ ذلك وسيلة إلى الإقرار بالمال ، بأن يتواطأ المحجور عليه ، والمقرُّ له على الإقرار بالقصاص ، والعفو عنه على مال ، ولأنه وجوب مال مستندة لإقراره ، فلم يثبت ، كالإقرار به ابتداءً ، فعلى هذا القول يسقط وجوب القصاص ، ولا يجب المال في الحال .

٣٤٣٣ (فصل) وإن خالع صح خُلمه . لأنه إذا صح الطلاق ، ولا يحصل منه شيء ، فأُلْخِمَ الذي يحصل به المال أولى ، إلا أن العوض لا يُدفع إليه ، وإن دفع إليه لم يصح قبضه ، وإن أنقله لم يضمه ، ولم تبرأ المرأة بدفعه إليه ، وهو من ضمانها إن أنقله ، أو تلف في يده ، لأنها سَلَطَتْهُ على إنقله .

٣٤٣٤ (فصل) وإن أعتق لم يصح عتقه ، وهذا قول القاسم بن محمد ، والشافعي ، وحكي

أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى : أنه يصح لأنه عتق من مكلف ، مالك ، تام الملك ، فصَحَّ كعتق
الراهن ، والمفلس .

ولنا : أنه تصرف في ماله ، فلم يصح ، كسائر تصرفاته ، ولأنه تبرع ، فأشبهه هبته ، ووقفه ،
ولأنه محجور عليه لحفظ ماله عليه ، فلم يصح عتقه ، كالصبي ، والمجنون ، وفارق المفلس والراهن ، فإن
الحجر عليهما لحق غيرهما .

٣٤٣٥ (فصل) وإن تزوج صح التكاح بإذن وليه ، وبغير إذنه ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال
أبو الخطاب : لا يصح بغير إذن وليه ، وهو قول الشافعي ، وأبي ثور ، لأنه تصرف يجب به مال ، فلم
يصح بغير إذن وليه ، كالشراء .

ولنا : أنه عقد غير مالي ، فصَحَّ منه ، كخُلمه ، وطلاقه ، وإن لزم منه المال فخصوله بطريق الضمن
فلا يمنع من العقد ، كما لو لزم ذلك من الطلاق .

٣٤٣٦ (فصل) ويصح تديره^(١) ووصيته . لأن ذلك محض مصلحته ، لأنه تقرب إلى الله تعالى
بماله بمد غناه عنه ، ويصح استيلاؤه ، وتمتق الأمة المستولدة بموته ، لأنه إذا صح ذلك من المجنون ، فمن
السفيه أولى ، وله المطالبة بالقصاص ، لأنه موضوع للنشئ ، والانتقام ، وهو من أهله ، وله العفو على
مال ، لأنه تحصيل للمال ، لا تضييع له ، وإن عفا على غير مال نظرت . فإن قلنا : الواجب القصاص
عينا صح عفو ، لأنه لم يتضمن تضييع المال ، وإن قلنا : أحد الشينين . لم يصح عفو عن المال ،
ووجب المال ، كما لو سقط القصاص بعفو أحد الشريكين ، وإن أحرم بالحيج صح إحرامه لأنه مكلف
أحرم بالحيج ، أشبه غيره ، ولأن ذلك عبادة ، فصَحَّت منه كسائر عباداته . ثم إن كان أحرم بفرض ،
دفع إليه النفقة من ماله ، ليسقط القرض عن نفسه ، وإن كان تطوعا ، فكانت نفقته في السفر ، كنفقته
في الحضر ، دُفعت إليه لأنه لا ضرر في إحرامه . وإن كانت نفقة السفر أكثر . فقال : أنا ، أكتسب
تمام نفقتي ، دُفعت إليه أيضا ، لأنه لا يضر بماله . وإن لم يكن له كسب ، فلوليّه تحليله ، لسافيه من
تضييع ماله ، ويتحلل بالصيام ، كالمفسر . لأنه ممنوع من التصرف في ماله ، ويحتمل أن لا يملك وليه
تحليله بناء على العبد إذا أحرم بغير إذن سيده ، وإن حث في يمينه ، أو عاد فيظهاره ، أو لزمته كفارة
بإقتل ، أو الوطء في نهار رمضان ، كفر بالصيام ، لذلك ، وإن أعتق ، أو أطعم عن ذلك ، لم يُجزئه ،
وبهذا قال الشافعي ، لأنه ممنوع من ماله . أشبه المفلس . ويتخرج أن يُجزئه العتق ، بناء على قولنا
بصحته منه ، وإن نذر عبادة بدنية لزمه فعلها ، لأنه غير محجور عليه في بدنه ، وإن نذر صدقة المال

(١) تديره : قوله للملوكة : أنت حر بعد موتي .

لم يصح منه ، وكفر بالصيام . وإن فك الحجر عنه قبل تكفيره في هذه المواضع كلها لزمه العتق إن قدر عليه . ومقتضى قول أصحابنا . أنه يلزمه الوفاء بنذره ، بقاء على قولهم فيمن أقر قبل فك الحجر عنه ، ثم فك عنه . فإنه يلزمه أدائه ، وإن فك بعد تكفيره ، لم يلزمه شيء ، كما لو كفر عن يمينه بالصيام ، ثم فك الحجر عنه .

٣٤٣٧ (فصل) وإن أقر بنسب ولد ، قيل منه . لأنه ليس بإقرار بمال ، ولا تصرف فيه ، فقبل ، كإقراره بالحد ، والطلاق ، وإذا ثبت النسب لزمته أحكامه من النفقة ، وغيرها ، لأن ذلك حصل ضمناً لما صح منه . فأشبهه نفقة الزوجة .

٣٤٣٨ « مسألة » قال ﴿ وإن أقر بدين لم يلزمه في حال حجره ﴾

وجملته : أن السفیه إذا أقر بمال ، كالدين ، أو بما يوجب ، كجناية الخطأ ، وشبه العمد ، وإتلاف المال ، وغصبه ، وسرقته ، لم يقبل إقراره به ، لأنه محجور عليه لحظه ، فلم يصح إقراره بالمال ، كالصبي ، والجنون ، ولأننا لو قبلنا إقراره في ماله ، لزال معنى الحجر ، لأنه يتصرف في ماله ، ثم يقر به . فيأخذه المقر له ، ولأنه أقر بما هو ممنوع من التصرف فيه ، كإقرار الراهن على الرهن ، والمفلس على المال ، ومقتضى قول الخرقى : أنه يلزمه ما أقر به بعد فك الحجر عنه . وهو الظاهر من قول أصحابنا ، وقول أبي ثور ، لأنه مكلف أقر بما لا يلزمه في الحال ، فلزمه بعد فك الحجر عنه ، كالعبد يقر بدين ، والراهن على الرهن ، والمفلس على المال . ويحتمل أن لا يصح إقراره ، ولا يؤخذ به في الحكم بحال ، وهذا مذهب الشافعى . لأنه محجور عليه ، لعدم رُشده ، فلم يلزمه حكم إقراره بعد فك الحجر عنه ، كالصبي ، والجنون ، ولأن المنع من نفوذ إقراره في الحال إنما ثبت لحفظ ماله عليه ، ودفع الضرر عنه ، فلو نفذ بعد فك الحجر ، لم يفد إلا تأخير الضرر عليه إلى أكل حالته ، وفارق المحجور عليه لحق غيره ، فإن المانع تعلق حق الغير بماله ، فيزول المانع بزوال الحق عن ماله ، فيثبت مقتضى إقراره . وفي سألنا انتفى الحكم ، لخلل في الإقرار ، فلم يثبت كونه سبباً ، وبزوال الحجر لم يكمل السبب ، فلا يثبت الحكم مع اختلال السبب ، كما لم يثبت قبل فك الحجر ، ولأن الحجر لحق الغير لم يمنع تصرفهم في ذممهم ، فأمكن تصحيح إقرارهم في ذممهم ، على وجه لا يضر بغيرهم ، بأن يلزمهم بعد زوال حق غيره . والحجر ههنا لحظ نفسه ، من أجل ضعف عقله ، وسوء تصرفه ، ولا يندفع الضرر إلا بإبطال إقراره بالسكينة ، كالصبي ، والجنون ، وأما صحته فيما بينه وبين الله تعالى ، فإن علم صحته ما أقر به ، كدين لزمه من جنائيه ، أو دين لزمه قبل الحجر عليه ، فعليه أدائه ، لأنه علم أن عليه حقاً ، فازمه أدائه ، كما لو لم يقر به ، وإن علم فساد إقراره ، مثل أن علم أنه أقر بدين ، ولا دين عليه ، أو بجناية لم توجد منه ، أو أقر بما

لا يلزمه ، مثل أن أتلف مال من دَفَعَه إليه بقرضٍ ، أو بيع ، لم يلزمه أداؤه ، لأنه يعلم أنه لا دين عليه ، فلم يلزمه شيء ، كالمو لم يقر به .

٣٤٣٩ (فصل) إذا أذن ولي السفية له في البيع ، والشراء ، فهل يصح منه ؟ على وجهين : أحدهما : يصح ، لأنه عقد معاوضة ، فملكه بالإذن ، كالنكاح ، ولأنه عاقل محجور عليه ، فصَحَّ تصرفه بالإذن فيه ، كالصبي ، يحقق هذا أن الحجر على الصبي أعلى من الحجر عليه ، ثم يصح تصرفه بالإذن ، فهمنا أولى ، ولأننا لو منعنا تصرفه بالإذن ، لم يكن لنا طريق إلى معرفة رشده ، واختباره . والثاني : لا يصح ، لأن الحجر عليه لتبذيره ، وسوء تصرفه ، فإذا أذن له فقد أذن فيما لا مصلحة فيه ، فلم يصح ، كما لو أذن في بيع ما يساوي عشرة بخمة ، وللشافعي وجهان كهذين ، والله اعلم .

كتاب الصلح

الصلح : مُعَادَةٌ يَتَوَصَّلُ بِهَا إِلَى الْإِصْلَاحِ بَيْنَ الْمُخْتَلِفِينَ ، وَبِقَنُونٍ أَنْوَاعًا : صلح بين المسلمين ، وأهل الحرب ، وصلح بين أهل العدل ، وأهل البغي ، وصلح بين الزوجين ، إذا خيف الشقاق بينهما . قال الله تعالى (٤٩ : ٩) وَإِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا) وقال الله تعالى (٤ : ٣٥) وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَغْلِهَا نُشُوزًا ، أَوْ إِعْرَاضًا ، فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ، وَالصُّلْحُ خَيْرٌ) وروى أبو هريرة : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ إِلَّا صُلْحًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا » أخرجه الترمذي ، وقال : حديث حسن ، صحيح . وروى عن عمر : أنه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك ، وأجمعت الأئمة على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها . والكل واحد منها باب يُقَرَّدُ له ، ويذكر فيه أحكامه . وهذا الباب للصلح بين المتخاصمين في الأموال . وهو نوعان : صلح على إفرار ، وصلح على إنكار . ولم يسم الخطر في الصلح إلا في الإنكار خاصة .

٣٤٤٠ « مسألة » قال ﴿ والصلح الذي يجوز هو أن يكون للدعي حق لا يعلمه المدعي عليه . فيصطلحان على بفضله . فإن كان يعلم ما عليه فجده ، فالصلح باطل ﴾ وجملة ذلك : أن الصلح على الإنكار صحيح . وبه قال مالك ، وأبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يصح ، لأنه عاوض على ما لم يثبت له ، فلم تصح المعاوضة : كما لو باع مال غيره ، ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه . فبطل ، كالصلح على حد القذف . ولنا : عموم قوله عليه السلام « الصُّلْحُ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ جَائِزٌ » فيدخل هذا في عمومه .

فإن قالوا : فقد قال « إِلَّا صَلَاحًا أَحَلَّ حَرَامًا » وهذا داخل فيه . لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه ، فحلّ بالصالح .

قلنا : لا نسلم دخوله فيه . ولا يصحّ حلّ الحديث على ما ذكروه ، لوجهين : أحدهما : أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع . فإنه يحلّ لكل واحد منهما ما كان محرّما عليه قبله . وكذلك الصلح بمعنى الهبة . فإنه يحلّ للموهوب له ما كان حراما عليه والإسقاط يحلّ له ترك أداء ما كان واجبا عليه .

الثاني : أنه لو حلّ به المحرّم لكان الصلح صحيحا . فإنّ الصلح الفاسد لا يحلّ الحرام . وإنما معناه ما يتوصل به إلى تناول المحرّم ، مع بقاءه على تحرّمه ، كما لو صالحه على استرقاق حرّ ، أو إحلال بضعة محرّم ، أو صالحه بخمر ، أو خنزير ، وليس ما نحن فيه كذلك . وعلى أنهم لا يقولون بهذا . فإنهم يبيعون لمن له حقّ يحدّده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره ، أو دونه . فإذا حلّ له ذلك من غير اختياره ، ولا علمه ، فلأنّ يحلّ برضاه وبذاته أولى . وكذلك إذا حلّ مع اعتراف الغريم ، فلأنّ يحلّ مع جحدّه ، وعجزه عن الوصول إلى حقّه إلا بذلك أولى ، ولأنّ المدعى ههنا يأخذ عوض حقّه الثابت له . والمدعى عليه يدفعه الشرّ عنه ، وقطع الخصومة . ولم يرد الشرع بتخريم ذلك في موضع . ولأنّ صلح يصحّ مع الأجنبيّ ، فصحّ مع الخصم ، كالصلح مع الإفرار .

يحقّقه : أنه إذا صحّ مع الأجنبيّ مع غناه عنه . فلأنّ يصحّ مع الخصم مع حاجته إليه أولى . وقولهم : إنه معاوضة . قلنا : في حقّهما ، أم في حقّ أحدهما ؟ الأول ممنوع ، والثاني مسلم . وهذا لأنّ المدعى يأخذ عوض حقّه من المنكر ، لعله بثبوت حقّه عنده . فهو معاوضة في حقّه . والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة ، واليمين عنه . ويخلصه من شرّ المدعى . فهو أبرأ في حقّه . وغير ممنوع ثبوت المعاوضة في حقّ أحد المتعاقدين دون الآخر . كما لو اشترى عبداً شهد بحريّته فإنه يصحّ . ويكون معاوضة في حقّ البائع ، واستنفاذاً له من الرقّ في حقّ المشتري ، كذا ههنا .

إذا ثبت هذا فلا يصحّ هذا الصلح إلا أن يكون المدعى مُعتقداً أن ما ادّعاه حقّ ، والمدعى عليه يعتقد أنه لا حقّ عليه . فيدفع إلى المدعى شيئاً افتداء ليمينه ، وقطعاً للخصومة ، وصيانةً لنفسه من التبذّل ، وحضور مجاس الحاكم . فإنّ ذوى النفوس الشريفة ، والروعة ، يصعب عليهم ذلك . ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم . والشرع لا يمنهم من وقاية أنفسهم ، وصياتها ، ودفع الشرّ عنهم ببذل أموالهم ، والمدعى يأخذ ذلك عوضاً عن حقّه الثابت له ، فلا يمتنه الشرع من ذلك أيضاً ، سواء كان المأخوذ من جنس حقّه ، أو من غير جنسه ، بقدر حقّه ، أو دونه ، فإن أخذ من جنس حقّه بقدره ، فهو

مُسْتَوْفٍ لَهُ . وَإِنْ أَخَذَ دُونَهُ فَقَدْ اسْتَوْفَى بَعْضَهُ ، وَتَرَكَ بَعْضَهُ . وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جَنْسِ حَقِّهِ فَقَدْ أَخَذَ عَوَضَهُ ، وَلَا يَحُوزُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ جَنْسِ حَقِّهِ أَكْثَرَ مِمَّا ادَّعَاهُ ، لِأَنَّ الزَّائِدَ لَا مُقَابِلَ لَهُ . فَيَكُونُ ظَالِمًا بِأَخْذِهِ ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ جَازٍ . وَيَكُونُ بَيِّعًا فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ، لِإِعْتِقَادِهِ أَخْذَهُ عَوَضًا . فَيَلْزِمُهُ حَكْمُ إِقْرَارِهِ . فَإِنْ كَانَ الْمَأْخُوذُ شِقَاقًا فِي دَارٍ ، أَوْ عَقَارٍ ، وَجَبَتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ وَإِنْ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا ، فَلَهُ رَدُّهُ ، وَالرَّجُوعُ فِي دَعْوَاهُ . وَيَكُونُ فِي حَقِّ الْمُنْكَرِ بِمَنْزِلَةِ الْإِبْرَاءِ . لِأَنَّهُ دَفَعَ الْمَالَ اقْتِدَاءً لِيَمِينِهِ ، وَدَفْعًا لِلضَّرَرِّ عَنْهُ ، لَا عَوَضًا عَنْ حَقٍّ يَعْتَقِدُهُ فَيَلْزِمُهُ أَيْضًا حَكْمُ إِقْرَارِهِ ، فَإِنْ وَجَدَ بِالصَّالِحِ عَنْهُ عَيْبًا ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ عَلَى الْمُدَّعَى لِإِعْتِقَادِهِ أَنَّهُ مَا أَخَذَ عَوَضًا ، وَإِنْ كَانَ شِقَاقًا لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ ، لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُهُ عَلَى مِلْكِهِ لَمْ يَزَلْ ، وَمَا مَلَكَهُ بِالصَّالِحِ ، وَلَوْ دَفَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مَا ادَّعَاهُ ، أَوْ بَعْضَهُ ، لَمْ يَثْبُتْ فِيهِ حَكْمُ الْبَيْعِ . وَلَا تَثْبُتْ فِيهِ الشُّفْعَةُ . لِأَنَّ الْمُدَّعَى يَعْتَقِدُ أَنَّهُ اسْتَوْفَى بَعْضَ حَقِّهِ ، وَأَخَذَ عَيْنَ مَالِهِ مَسْتَرْجِعًا لَهَا تَمَنَّى هِيَ عِنْدَهُ . فَلَمْ يَكُنْ بَيِّعًا كَاسْتِرْجَاعِ الْعَيْنِ الْمَغْصُوبَةِ ، فَإِمَّا إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا ، مِثْلُ أَنْ يَدَّعَى الْمُدَّعَى شَيْئًا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ، وَيُنْكِرُ الْمُنْكَرُ حَقًّا يَعْلَمُ أَنَّهُ عَلَيْهِ . فَالصَّالِحُ بَاطِلٌ فِي الْبَاطِنِ . لِأَنَّ الْمُدَّعَى إِذَا كَانَ كَاذِبًا فَمَا يَأْخُذُهُ أَكْلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ ، أَخْذَهُ بِشَرِّهِ وَظُلْمِهِ ، وَدَعْوَاهُ الْبَاطِلَةُ ، لَا عَوَضًا عَنْ حَقٍّ لَهُ . فَيَكُونُ حَرَامًا عَلَيْهِ ، كَمَنْ خَوَّفَ رَجُلًا بِالْقَتْلِ حَتَّى أَخَذَ مَالَهُ . وَإِنْ كَانَ صَادِقًا ، وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ يَعْلَمُ صِدْقَهُ ، وَثَبُوتَ حَقِّهِ ، فَجَعْدَهُ لِيَنْتَقِصَ حَقَّهُ ، أَوْ يُرَضِّيَهُ عَنْهُ بِشَيْءٍ . فَهُوَ هُزْمٌ لِلْحَقِّ ، وَأَكْلُ مَالٍ بِالْبَاطِلِ . فَيَكُونُ ذَلِكَ حَرَامًا . وَالصَّالِحُ بَاطِلٌ . وَلَا يَحِلُّ لَهُ مَالُ الْمُدَّعَى بِذَلِكَ . وَقَدْ ذَكَرَهُ الْخَرَقِيُّ فِي قَوْلِهِ « وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ مَا عَلَيْهِ فَجَعْدَهُ فَالْصَّالِحُ بَاطِلٌ » يَعْنِي فِي الْحَقِيقَةِ . وَأَمَّا الظَّاهِرُ لَنَا فَهُوَ الصَّحَّةُ . لِأَنَّنَا لَا نَعْلَمُ بَاطِنَ الْحَالِ . وَإِنَّمَا يَنْبَغِي الْأَمْرُ عَلَى الظَّوَاهِرِ وَالظَّاهِرُ مِنَ الْمُسْلِمِ السَّلَامَةُ .

٣٤٤١ (فصل) وَلَوْ ادَّعَى عَلَى رَجُلٍ وَدِيعَةً ، أَوْ قَرْضًا ، أَوْ تَفْرِيطًا فِي وَدِيعَةٍ ، أَوْ مُضَارَبَةٍ ، فَأَنْكَرَهُ ، وَاصْطَلَحَا ، صَحَّ ، لَمَّا ذَكَرْنَاهُ .

٣٤٤٢ (فصل) وَإِنْ صَالَحَ عَنِ الْمُنْكَرِ أَجَنِبِيَّ صَحَّ ، سِوَا اعْتِرَافِ الْمُدَّعَى بِصِحَّةِ دَعْوَاهُ ، أَوْ لَمْ يَعْتَرَفْ ، وَسِوَا كَانَ بِإِذْنِهِ ، أَوْ غَيْرَ إِذْنِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِمَّا يَصَحَّ إِذَا اعْتَرَفَ الْمُدَّعَى بِصِدْقِهِ وَهَذَا مَبْنًى عَلَى صُلْحِ الْمُنْكَرِ . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ ثُمَّ لَا يَخْلُو الصَّالِحُ : إِمَّا أَنْ يَكُونَ عَنْ ذَيْنِ ، أَوْ عَيْنٍ . فَإِنْ كَانَ عَنْ دَيْنٍ صَحَّ . سِوَا كَانَ بِإِذْنِ الْمُنْكَرِ ، أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ . لِأَنَّ قِصَاءَ الدِّينِ عَنْ غَيْرِهِ جَائِزٌ بِإِذْنِهِ ، وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَإِنْ عَلِيًّا وَأَبَا قَتَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قَضِيَا عَنِ اللَّيْتِ ، فَأَجَازَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، وَإِنْ كَانَ الصَّلْحُ عَنْ عَيْنٍ بِإِذْنِ الْمُنْكَرِ فَهُوَ كَالصَّلْحِ مِنْهُ ، لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَقُومُ مَقَامَ الْمَوْكَلِ . وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَهُوَ اقْتِدَاءٌ لِلْمُنْكَرِ مِنَ الْخُصُومَةِ ، وَإِبْرَاءٌ لَهُ مِنَ الدَّعْوَى ، وَذَلِكَ جَائِزٌ . وَفِي الْمَوْضِعَيْنِ : إِذَا صَالَحَ

عنه بغير إذنه لم يرجع عليه بشيء ، لأنه أدّى عنه مالا يلزمه أدّؤه ، وخرجه القاضى ، وأبو الخطاب على الروايتين ، فيما إذا قضى دينه الثابت بغير إذنه ، وليس هذا بحجيد . لأنّ هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ، ولا يلزمه أدّؤه إلى المدعى . فكيف يلزمه أدّؤه إلى غيره ؟ ولأنّه أدّى عنه ما لا يجب عليه . فكان متبرّعاً ، كما لو تصدّق عنه ، ومن قال برجوعه فإنّه يحمله كالدّعى فى الدعوى على المنكر ، لا غير . أما أنّ يجب له الرجوع بما أدّاه حتماً ، فلا وجه له أصلاً . لأنّ أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين ، وصاحب الدين همنا لم يجب له حق ، ولا لزم الأداء إليه . ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى . فكذلك هذا . ويشتط فى جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعى ، فإنما إن لم يعلم لم يحلّ له دعوى بشيء ، لا يعلم ثبوته ، وإنما ما إذا صالح عنه بإذنه ، فهو وكيله . والتوكيل فى ذلك جائز ، ثمّ إن أدّى عنه بإذنه رجع إليه . وهذا قول الشافعى . وإن أدّى عنه بغير إذنه متبرّعاً لم يرجع بشيء . وإن قضاه محتسباً بالرجوع ، خرّج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير إذنه . لأنه قد وجب عليه أدّؤه بعقد الصلح ، بخلاف ما إذا صالح وقضى بغير إذنه . فإنّه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه .

٣٤٤٣ (فصل) وإن صالح الأجنبيّ المدعى لنفسه ، لتكون المطالبة له ، فلا يخلو من أن يعترف المدعى بصحة دعواه ، أو لا يعترف له . فإن لم يعترف له كان الصلح باطلاً . لأنه يشترى منه ما لم يثبت له ، ولم تتوجه إليه خصومة يفتدى منها ، فأشبه ما لو اشترى منه ملك غيره . وإن اعترف له بصحة دعواه ، وكان المدعى ديناً ، لم يصح . لأنه اشترى مالا يقدر البائع على تسليمه . ولأنّه يبيع للدين من غير من هو فى ذمته ، ومن أصحابنا من قال : يصح ، وليس بحجيد . لأنّ بيع الدين المقرّ به من غير من هو فى ذمته لا يصح . فبيع دين فى ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى ، وإن كان المدعى عيناً ، فقال الأجنبيّ المدعى : أنا أعلم أنك صادق فصالحنى عنها ، فإنى قادر على استنقاذها من المنكر . فقال أصحابنا : يصح الصلح . وهو مذهب الشافعى . لأنه اشترى منه ملكه الذى يقدر على تسليمه . ثم إن قدر على انتزاعه استقرّ الصلح . وإن عجز كان له الفسخ . لأنه لم يسلم له المعقود عليه . فكان له الرجوع إلى بدله . ويحتمل أنه إن تبين أنه لا يقدر على تسليمه ، تبين أن الصلح كان فاسداً . لأن الشرط الذى هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد ، فكان فاسداً ، كما لو اشترى عبده ، فتبين أنه أبقي ، أو ميّت ، ولو اعترف له بصحة دعواه ، ولا يمكنه استيفاؤه ، لم يصح الصلح . لأنه اشترى مالا يمكنه قبضه منه . فأشبه شراء العبد الأبق ، والجل الشارد ، فإن اشتراه وهو يظن أنه عاجز عن قبضه ، فتبين أن قبضه ممكن ، صحّ البيع . لأنّ البيع تناول ما يمكن قبضه . فصحّ ، كما لو علما ذلك . ويحتمل أن لا يصح ، لأنه ظنّ

عدم الشرط . فأشبهه ما لو باع عبداً يظن أنه حرّ ، أو أنه عبد غيره ، فتبين أنه عبده . ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع ، وبين من لا يعلم ذلك ، لأن من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع ، والشراء فمكان بيعه فاسداً ، لكونه متلاعبا بقوله ، معتقداً فسادَه ، ومن لا يعلم بعقده صحيحاً . وقد تبين اجتماع شروطه ، فصيح . كما لو علمه مقدوراً على تسليمه .

٣٤٤٤ (فصل) فإن قال الأجنبي للمدعى : أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين ، وهو مقر لك بها ، وإتما يحمدها في الظاهر . فظاهر كلام الخرقى : أن الصالح لا يصح . لأنه يحمدها في الظاهر ، لينتقص المدعى بعض حقه ، أو يشتريه بأقل من ثمنه . فهو هاضم للحق يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم ، والدودان . فهو بمنزلة ما لو شافهه بذلك . فقال : أنا أعلم صحة دعواك . وأن هذا لك ، ولكن لا أسلمه إليك ، ولا أقر لك به عند الحاكم ، حتى تصالحني منه على بعضه ، أو عوض عنه . وقال القاضي : يصح . وهذا مذهب الشافعي . قالوا : ثم ينظر إلى المدعى عليه : فإن صدقه على ذلك ملك العين ورجع على الأجنبي ، وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع . وإن أنكر الإذن في الدفع ، فالقول قوله مع يمينه . ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه ، وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للأجنبي الرجوع عليه ، ولا يحكم له بملسكها . فأما حكم ملكها في الباطن . فإن وكل الأجنبي في الشراء ، فقد ملكها ، لأنه اشتراها بإذنه ، فلا يفسد إنكاره في ملكها . لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وإتما هو ظالم بالإنكار ، للأجنبي . وإن كان لم يؤكله لم يملكها . لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ، ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته . فإن أجاز له في حقه . وإن لم يجزه لزم من اشتراؤه ، وإن قال الأجنبي المدعى : قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه ، وقد وكلني في المصالحة عنه ، فصالحه صح . وكان الحكم كما ذكرنا . لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه . بل اعترف به ، وصالحه عليه مع بذله له ، فأشبهه ما لو لم يحمده .

٣٤٤٥ « مسألة » قال رحمته ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صالحاً . لأنه

هضم للحق رحمته

وجملته : أن من اعترف بحق ، وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه ، فالصالح باطل . لأنه صالح عن بعض ماله ببعض . وهذا محال ، وسواء كان يلفظ الصالح ، أو بلفظ الإبراء ، أو بلفظ الهبة المقرون بشرط . مثل أن يقول : أبرأتك عن خمسمائة ، أو وهبت لك خمسمائة ، بشرط أن تعطيني ما بقي . ولو لم يشترط إلا أنه لم يمت بعض حقه إلا بإسقاطه بعضه ، فهو حرام أيضاً . لأنه هضم حقه ، قال ابن أبي اسحاق : الصالح على الإقرار هضم للحق . فتنى ألزم المقر له ترك بعض حقه . فتركه عن غير طيب (م ٤٦ - المفى - رابع)

نفسه ، لم يطلب الأخذ . وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز ، غير أن ذلك ليس بضلع ، ولا من باب الصلح بسبيل ، ولم يُسمَّ الخرق الصلح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدّمنا ذكره ، فأما في الاعتراف ، فإذا اعترف بشيء ، وقضاء من جنسه ، فهو وفاء . وإن قضاء من غير جنسه ، فهي معاوضة ، وإن أبرأه من بعضه اختياراً منه ، واستوفى الباقي ، فهو إبراء . وإن وهب له بعض العين ، وأخذ باقيها بطيب نفس ، فهي هبة . فلا يستمى ذلك صلحاً . ونحو ذلك قال ابن أبي موسى ، وسمّا القاضي وأصحابه صالحاً . وهو قول الشافعي ، وغيره ، والخلاف في القسمية . أما المعنى فمتفق عليه . وهو فعل ما عدا وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح . وذلك ثلاثة أقسام : معاوضة . وإبراء . وهبة ، فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده ، أو دين في ذمته ، ثم يتفقان على تعويضه عن ذلك بما يجوز تعويضه به . وهذا ثلاثة أضراب .

أحدها : أن يعترف له بأحد النقيدين ، فيصالحه على الآخر ، نحو أن يعترف له بمائة درهم ، فيصالحه منها بعشرة دنانير ، أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم . فهذا صرف بشرط له شروط العرف ، من التقابض في المجلس ، ونحوه .

الثاني : أن يعترف له بعروض ، فيصالحه على أثمان ، أو بأثمان ، فيصالحه على عروض . فهذا بيع ينبت فيه أحكام البيع ، وإن اعترف له بدين ، فصالحه على موصوف في الذمة ، لم يجز التفريق قبل القبض ، لأنه بيع دين بدين .

الثالث : أن يصالحه على سُكْنَى دار ، أو خِدْمَةِ عبد ، ونحوه ، أو على أن يعمل له عملاً معلوماً . فيكون ذلك إجارة ، لها حكم سائر الإجازات ، وإذا أنف الدار ، أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة ، انفسخت الإجارة ، ورجع بما صالح عنه ، وإن تلأت بعد استيفاء شيء من المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ، ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه جاريته ، وهو ممن يجوز له نكاح الإماء صح . وكان المصالح عنه صداقها . فإن انفسخ النكاح ، قبل الدخول بأمرٍ يُسقط الصداق ، رجع الزوج بما صالح عنه . وإن طلقها قبل الدخول رجع بنصفها ، وإن كان المعترف امرأة فصالح المدعى على أن تزوجه نفسها ، جاز . ولو كان المعترف به عيباً في مبيعتها فصالحته على نكاحها صح ، فإن زال العيب رجعت بأرشيه . لأن ذلك صداقها ، فرجعت به ، لا بمهر مثلها ، وإن لم يزل العيب لسكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بأرشه .

القسم الثاني : الإبراء . وهو أن يعترف له بدين في ذمته . فيقول : قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه ، فأعطني ما بقي ، فيصح إذا كانت البراءة مُطلقةً من غير شرطه قال أحمد : إذا كان للرجل على

الرجل الدين ليس عنده وفاء ، فوضع عنه بعض حقه ، وأخذ منه الباقي . كان ذلك جائزاً لها . ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك إثم ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلم غُرماً جابر ليضُموا عنه ، فوضُموا عنه الشطر ، وفي الذي أصيب في حديثه ، فرب به النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو ملزوم . فأشار إلى غُرمانه بالنصف ، فأخذوه منه . فإن فعل ذلك قاض اليومَ جاز ، إذا كان على وجه الصالح ، والنظر لها ، وروى يونس عن الزهري ، عن عبد الله بن كعب ، عن أبيه « أنه تَقاضَى ابنُ أبي حذَرٍ ديناً كانَ له عليه في المسجد ، فَأَرْتَمَتْ أَصْوَافَهُمَا حَتَّى سَمِعَهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ وَسَلَّمَ . فَخَرَجَ إِلَيْهِمَا ، ثُمَّ نَادَى : يَا كَعْبُ ، قَالَ . كَبَيْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ . فَأَشَارَ إِلَيْهِ : أَنْ ضَعَّ الشَّطْرَ مِنْ دَيْنِكَ . قَالَ : قَدْ قَعَلْتُ يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : قُمْ فَأَعْطِيهِ » فإن قال : على أن توفيني ما بقي ، بطل . لأنه ما أبرأه عن بعض الحق إلا ليوفيه بقيته . فكأنه عارض بعض حقه ببعض .

القسم الثالث : الهبة . وهو أن يكون له في يده عين ، فيقول : قد وهبتك نصفها ، فأعطني بقيتها ، فيصح . ويُعتبر له شروط الهبة . وإن أخرجه مُخْرَجَ الشرط لم يصح . وهذا مذهب الشافعي . لأنه إذا شرط في الهبة الوفاء جمل الهبة عوضاً عن الوفاء به . فكأنه عاوض بعض حقه ببعض . وإن أبرأه من بعض الدين ، أو وهب له بعض العين بلفظ الصالح ، مثل أن يقول صالحني بنصف دينك على ، أو بنصف دارك هذه ، فيقول : صالحتك بذلك ، لم يصح ، ذكره القاضي ، وابن عقيل . وهو قول بعض أصحاب الشافعي . وقال أكثرهم : يجوز الصالح . لأنه إذا لم يحز بلفظه خرج عن أن يكون صالحاً ، ولا يبقى له تعلق به . فلا يُسمى صالحاً . أما إذا كان بلفظ الصالح سمي صالحاً ، لوجود اللفظ . وإن تخلف المعنى ، كالهبة بشرط الثواب ، وإنما يقتضى لفظ الصالح المعاوضة ، إذا كان ثم عوض ، أما مع عدمه ، فلا . وإنما معنى الصالح الاتِّفَاقُ والرضى . وقد يحصل هذا من غير عوض ، كالتملك ، إذا كان بعوض سمي بيعاً ، وإن خلا عن العوض سمي هبة .

ولنا : أن لفظ الصالح يقتضى المعاوضة . لأنه إذا قال : صالحني بهبة كذا ، أو على نصف هذه العين ، ونحو هذا . فقد أضاف إليه (به) المقابلة . فصار كقوله : يعنى بألف ، وإن أضاف إليه « على » جرى مجرى الشرط . كقوله تعالى (١٨ : ٩٤) قَهْلُ نَجْمَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَى أَنْ تَجْمَلَ يَدْنًا وَيَدْنَهُمْ سَدًا) وكلاهما لا يجوز ، بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط ، أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم : إنه يُسمى صالحاً ممنوع . وإن سمي صالحاً فجاز ، لتضمنه قطع النزاع ، وإزالة الخصومة . وقولهم . إن الصالح لا يقتضى المعاوضة . قلنا : لا نسلم . وإن سلمنا لسكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء ، أو على ، أو نحوها به . فإن لفظة الصالح تحتاج إلى حرف تعدى به ، وذلك يقتضى المعاوضة على ما بيناه .

٣٤٤٦ (فصل) وإن ادعى على رجل بيتاً ، فصالحه على بعضه ، أو على بناء غرفة فوقه ، أو على أن يسكنه سنة لم يصح . لأنه يـُصالحه في مـِلكه على مـِلكه ، أو منفعته ، وإن أسكنه كان تبرعاً منه ، متى شاء أخرجه منها . وإن أعطاه بعض داره بناءً على هذا ، فمتى شاء انتزعه منه . لأنه أعطاه إياه عوضاً عما لا يـُصالح عوضاً عنه . وإن فعل ذلك على سبيل المصالحة مُعتقداً أن ذلك وجب عليه بالصالح رجع عليه ، بأجر ماسكن ، وأجر ما كان في يده من الدار . لأنه أخذه بعقد فاسد . فأشبهه المبيع المأخوذ بعقد فاسد وسكنى الدار بإجارة فاسدة ، وإن بنى فوق البيت غرفة أُجبرَ على نقضها . وإذا أجرة السطح مدة مقامه في يديه . وله أخذ آتاه ، ولو اتفقا على أن يـُصالحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز ، وإن بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت ، وآلاته ، فليس له أخذ بنائه . لأنه مـِلك لصاحب البيت . وإن أراد نقض البناء لم يكن له ذلك ، إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ، ويحتمل أن يملك نقضه ، كقولنا في العاصب .

٣٤٤٧ (فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده سنة صح ، وكانت إجارة ، وقد ذكرنا ذلك . فإن باع العبد في السنة صح البيع . ويكون للمشتري . مسلوب المنفعة بقيّة السنة . والمستأجر استيفاء منفعته إلى انقضاء مدّته ، كما لو زوج أمته ، ثم باعها . وإن لم يعلم المشتري بذلك ، فله الفسخ ، لأنه عيب . وإن أعتق العبد في أثناء المدّة نفذ عتقه . لأنه مملوكه ، يصح بيعه . فصحّ عتقه لغيره . والمصالح أن يستوفي نفعه في المدّة ، لأنه أعتقه بعد أن ملك منفعته لغيره ، فأشبهه مالهو أعتق الأمة المزوجة لحر . ولا يرجع العبد على سيّده بشيء . لأنه ما زال مـِلكه بالعتق إلاّ عن الرقبة ، والمنافع حينئذٍ مملوكة لغيره . فلم تنال منافعها بالعتق . فلم يرجع بشيء ، وإن أعتقه مسلوب المنفعة ، فلم يرجع بشيء ، كما لو أعتق زماً ، أو مقطوع اليدين ، أو أعتق أمةً مزوجة ، وذكر القاضي ، وابن عقيل وجهاً آخر : أنه يرجع على سيّده بأجر مثله . وهو قول الشافعي . لأن العتق اقتضى إزالة مـِلكه عن الرقبة ، والمنفعة جميعاً فلمّا لم تحصل المنفعة للعبد ههنا ، فكأنّه حال بينه . وبين منفعته .

ولنا : أن إعتاقه لم يصادف للعتق سوى ملك الرقبة . فلم يؤثر إلاّ فيه . كما لو وصى لرجل برقبة عبده ، ولآخر بنفعه فأعتق صاحب الرقبة ، وكما لو أعتق أمةً مزوجة ، وقولهم : إنّه اقتضى زوال الملك عن المنفعة ، قلنا : إنما يقتضى ذلك إذا كانت مملوكة له ، أمّا إذا كانت مملوكة لغيره ، فلا يقتضى إعتاقه بإزالة ما ليس بوجود ، وإن تبين أن العبد مستحق ، تبين بطلان الصالح ، لفساد العوض ، ورجع المدعى فيما أقرّ له به . وإن وجد العبد معيباً عيباً تنقّص به المنفعة ، فله ردّه ، وفسخ الصالح . وإن صالح على العبد بعينه ، صح الصالح ، ويسكون بيعاً ، والحكم فيما إذا خرج مستحقاً أو ظهر به عيب ، كما ذكرنا .

(فصل) إذا ادعى زرعاً في يد رجل ، فأقرّ له به ، ثم صالحه منه على دراهم ، جاز ، على الوجه الذي يجوز به بيعُ الزرع . وقد ذكرنا ذلك في البيع ، وإن كان الزرع في يد رجلين ، فأقرّ له أحدهما بنصفه ، ثم صالحه عليه قبل اشتداد حَبِّه ، لم يجز . لأنه إن صالحه عليه بشرط التبقية ، أو من غير شرط القطع لم يجز لأنه لا يجوز بيعه كذلك . وإن شرط القطع لم يجز . لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع زرع الآخر ، ولو كان الزرع لواحد ، فأقرّ للمدعى بنصفه ، ثم صالحه عنه بنصف الأرض ، ليصير الزرع كله للعقر ، والأرض بينهما نصفين . فإن شرط القطع جاز . لأنّ الزرع كله للعقر . فجاز شرط قطعه ، ويحتمل أن لا يجوز . لأن في الزرع ما ليس بمبيع ، وهو النصف الذي لم يُقرّ به ، وهو في النصف الباقي له . فلا يصح اشتراط قطعه ، كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى ، وإن صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ، ليسلم الأرض إليه فارغةً صحّ ، لأنّ قطع جميع الزرع مستحقّ نصفه بحكم الصلح ، والباقي لتفريغ الأرض ، فأمكن القطع ، وإن كان إقراره بجميع الزرع ، فصالحه من نصفه على نصف الأرض ، ليكون الأرض والزرع بينهما نصفين ، وشرط القطع في الجميع ، احتمل الجواز . لأنّهما قد شرطا قطع كلّ الزرع ، وتسليم الأرض فارغةً . واحتمل المنع ، لأنّ باقى الزرع ليس بمبيع ، فلا يصحّ شرط قطعه في العقد .

٣٤٤٨ (فصل) إذا حصلت أغصانُ شجرته في هواء ملك غيره ، أه هواء جدار له فيه شركة ، أو على نفس الجدار . لزم مالك الشجرة إزالة تلك الأغصان ، إمّا يردّها إلى ناحية أخرى ، وإمّا بالقطع ، لأنّ الهواء ملك لصاحب القرار . فوجب إزالة ما يشغله من ملك غيره ، كالقرار ، فإن امتنع المالك من إزالته لم يُجبر . لأنه من غير فعله ، فلم يُجبر على إزالته ، كما إذا لم يكن مالكاً له . وإن تلف بها شيء ، لم يضمنه كذلك ، ويحتمل أن يُجبر على إزالته ، ويضمن ما تلف به ، إذا أمر بإزالته فلم يفعل . بناء على ما إذا مال حائطه إلى ملك غيره ، على ما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وعلى كلا الوجهين : إذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالته بأحد الأمرين ، لأنه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره ، له إخراجها . كذا ههنا ، وهذا مذهب الشافعي ، فإن أمكنه إزالتها بلا إتلاف ، ولا قطع ، من غير مشقة تلزمه ، ولا غرامة . لم يجز له إتلافها ، كما أنه إذا أمكنه إخراج البهيمة من غير إتلاف لم يجز له إتلافها . فإن أتلفها في هذه الحال غرمها . وإن لم يمكنه إزالتها إلا بالإتلاف ، فله ذلك ، ولا شيء عليه ، فإنه لا يلزمه إقرار مال غيره في ملكه ، فإن صالحه على إقرارها بعوض معلوم ، فاختلف أصحابنا . فقال ابن حامد ، وابن عقيل : يجوز ذلك رطباً كان العُصْنُ أو يابساً . لأنّ الجِهالة في المصالح عنه ، لا تمنع الصحة ، لكونها لا تمنع التسليم ، بخلاف العوض . فإنه يقتدر إلى العلم ، لوجوب تسليمه . ولأنّ الحاجة داعية إلى الصلح عنه ، لكون ذلك

يكثرُ في الأملاك المتجَاوِرة وفي القَطْع إتلافٌ، وضررٌ، والزيادة المتجددة يُعفى عنها، كالسَّمن الحادث في المستأجر للركوب، والمستأجر للغرفة بتجدد له الأولادُ، والغراسُ الذى يُستأجر له الأرض، يعظمُ ويحفو. وقال أبو الخطاب: لا نصح المصالحة عنه بحالٍ، رطبًا كان، أو يابسًا، لأنَّ الرطب يزيدُ، ويتغيرُ، واليابس ينقصُ، وربما ذهب كله، وقال القاضى: إن كان يابسًا، معتمدًا على نفس الجدار صحت المصالحةُ عنه. لأنَّ الزيادة مأمونة فيه. ولا يصح الصلحُ على غير ذلك. لأن الرطب يزيدُ فى كلِّ وقت، وما لا يعتمدُ على الجدار لا يصح الصلحُ عليه. لأنَّه تبع الهواء. وهذا مذهبُ الشافعى. واللائقُ بمذهب أحمدَ صحته لأنَّ الجمالة فى المصالح عنه لا تمنع الصحة إذا لم يكن إلى العلم به سبيلٌ، وذلك لدعاء الحاجة إليه. وكونه لا يحتاج إلى تسليم، وهذا كذلك. والهواء كإقرار فى كونه مملوكًا لصاحبه. فجاز الصلحُ على ما فيه، كالذى فى القرار.

٣٤٤٩ (فصل) وإن صالحه على إقرارها بجزء معلوم من ثمرها، أو بثمرها كله. فقد نقل المروزى وإسحاق بن إبراهيم، عن أحمد: أنه سئل عن ذلك؟ فقال: لا أدري، فيحتمل أن يصح. ونحوه قال مكحول. فإنه نقل عنه أنه قال: أيتما شجرة ظَلَّت على قوم، فهم بالخيار بين قطع ما ظَلَّ، أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح. وهو قول الأكثرين. وإليه ذهب الشافعى. لأنَّ العوض مجهول. فإنَّ الثمرة مجهولة، وجزؤها مجهول. ومن شروط الصلح العلم بالعوض، ولأنَّ المصالح عليه أيضًا مجهولٌ، لأنَّه يزيد، ويتغير على ما أسلفنا.

ووجه الأول: أن هذا مما يكثرُ فى الأملاك، وتدعو الحاجةُ إليه، وفى القَطْع إتلاف. فجاز مع الجمالة، كالصلح على مجرى مياه الأمطار، والصلح على الوارث لدراسة، والحقوق المجهولة التى لا سبيل إلى علمها، ويقوى عندي أن الصلح ههنا يصح بمعنى أن كلَّ واحد منهما يُبيح صاحبه ما بذل له. فصاحب الهواء يُبيح صاحب الشجرة إبقاءها، ويمتنع من قطعها، وإزالتها، وصاحب الشجرة يُبيح ما بذل له من ثمرتها. ولا يكون هذا بمعنى البيع. لأنَّ البيع لا يصح بمعدوم، ولا مجهول. والثمره فى حال الصلح معدومة، مجهولة، ولا هو لازم. بل لسكّن واحد منهما الرجوع عما بذله، والعودُ فيما قاله، لأنَّه مجرد إماعة من كلَّ واحد منهما لصاحبه. فجرى مجرى قول كلَّ واحد منهما لصاحبه: أسكن دارى، وأسكن دارك من غير تقدير مدة. ولا ذكر شروط الإجارة، أو قوله: أبحثك الأكل من ثمرة بستانى، فأبحثنى الأكل من ثمرة بستانك. وكذلك قوله: دغنى أجرى فى أرضك ماء، ولك أن تسقى به ما شئت، وتشرب منه، ونحو ذلك. فهذا مثله بالأولى. فإنَّ هذا مما تدعو الحاجةُ إليه كثيرًا. وفى إلزام القَطْع ضرر كبير، وإتلاف أموال كثيرة، وفى الترك من غير نفع يصلُ إلى صاحب الهواء ضررٌ عليه، وفيما ذكرناه جمع بين

الأميرين ونظرًا للفريقين ، وهو على وفق الأصول . فكان أولى .

٣٤٥٠ (فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة إنسان إلى أرض جاره ، سواء أثرت ضرراً ، مثل تأثيرها في المصانع ، وطى الآبار ، وأساس الحيطان أو منعهما من نبات شجر لصاحب الأرض ، أو زرع ، أو لم يؤثر ، فإن الحكم في قطعه ، والصالح عليه ، كالحكم في الفروع ، إلا أن العروق لا تَمَرُّ لها . فإن اتفقا على أن ما نبت من عروقها لصاحب الأرض ، أو جزء معلوم منه . فهو كاصلاح على الثمر فيما ذكرنا . فعلى قولنا ، إذا اصطالحا على ذلك ، فضت مدة ، ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الأرض ، فعليه أجر الثمر ، لأنه إنما تركه في أرضه لهذا ، فلما لم يسلمه له رجع بأجر الثمر ، كما لو بذلها بعموض ، فلم يسلم له . وكذلك الحكم فيمن مال حائطه إلى هواء ملك غيره ، أو زلق من أخشابه إلى ملك غيره ، فالحكم فيه على ما ذكرناه .

٣٤٥١ (فصل) وإذا صالحه على المؤجل ببعضه حالاً ، لم يجز . كرهه زيد بن ثابت ، وابن عمر . وقال : « نَهَى عُمَرُ أَنْ تُتْبَاعَ الْعَيْنِ بِالْأَيْنِ » وسعيد بن المسيب ، والقاسم ، وسالم ، والحسن ، والشعبي ، ومالك ، والشافعي ، والثوري ، وابن عُيَيْنَةَ وَهَشِيم ، وأبو حنيفة ، وإسحاق . ورؤى عن ابن عباس ، والنخعي ، وابن سيرين : أنه لا بأس به . وعن الحسن ، وابن سيرين : أنهما كانا لا يريان بأساً بالعروض أن يأخذها من حقه قبل محله . لأنهما تبايعا العروض بما في الذمة فصح . كما لو اشتراها بثمان مثلاً ، ولعل ابن سيرين يحتاج بأن التعجيل جائز ، والإسقاط وحده جائز . فجاز الجمع بينهما ، كما لو فعلا ذلك من غير مواطأة عليه .

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ، وبيع الحلول ، والتأجيل ، لا يجوز . كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالةً بعشرين مؤجلة . ولأنه يبيعه عشرة بعشرين ، فلم يجز ، كما لو كانت معيبة . ويفارق ما إذا كان عن غير مواطأة ، ولا عقد . لأن كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض . ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد ، أو مع الشركة ، كبيع درهم بدرهمين . ويفارق ما إذا اشترى العروض بثمان مثلاً . لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً ، فأما إن صالحه عن ألف حالة بنصفها مؤجلاً . فإن فعل ذلك اختياراً منه ، وتبرعاً به ، صح الإسقاط . ولم يلزم التأجيل . لأن الحال لا يتأجل بالتأجيل ، على ما ذكرنا فيما مضى . والإسقاط صحيح ، وإن فعله لمنعه من حقه بدونه ، أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً . على ما ذكرنا في أول الباب . وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين : أصحهما : لا يصح ، وما ذكرنا من التفصيل أولى إن شاء الله تعالى .

٣٤٥٢ (فصل) ويصح الصالح عن المجهول ، سواء كان عيناً ، أو ديناً ، إذا كان مما لا سبيل إلى

معرفة . قال أحمد في الرجل يصلح على الشيء : فإن علم أنه أكثر منه لم يجز إلا أن يوقفه عليه ، إلا أن يكون مجهولاً ، لا يدري ما هو ؟ ونقل عنه عبد الله : إذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير ، وطحننا . فإن عرف قيمة دقيق الحنطة ، ودقيق الشعير ، بيع هذا ، وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله ، إلا أن يصطلحا على شيء ، ويتحالا ، وقال ابن أبي موسى : الصلح الجائز هو صلح الزوجة من صداقها . الذي لا يئنة لها به ، ولا علم لها ، ولا للورثة بمبلغه . وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة ، والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل ، لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه ، فيجوز الصلح بينهما . وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره ، جاز أن يصلح عليه ، وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ، ولا يئنه له ، أو لا علم له ، ويقول القابض : إن كان لي عليك حق فأنت في حل منه . ويقول الدافع : إن كنت أخذت مني أكثر من حقت فأنت منه في حل ، وقال الشافعي : لا يصح الصلح على مجهول ، لأنه فرع البيع . ولا يصح البيع على مجهول . ولما : ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم . أنه قال في رجلين اختصما في مواريث درست « استهما ، وتوخيا ، وليخيل أحدكما صاحبه » وهذا صلح على المجهول ، ولأنه إسقاط حق ، فصح في المجهول ، كالعتاق ، والطلاق ، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم ، وإمكان أداء الحق بعينه ، فلأن يصح مع الجهل أولى ، وذلك لأنه إذا كان معلوماً فلمما طريقاً إلى التخلص . وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ، ومع الجهل لا يمكن ذلك . فهو لم يجز الصلح أفضى إلى ضياع المال ، على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ، ولا نسلم كونه بيعاً ، ولا فرع بيع . وإنما هو إبراء . وإن سلمنا كونه بيعاً ، فإنه يصح في المجهول عند الحاجة . بدليل بيع أساسات الحيطان ، وطى الآبار ، وما ما كونه في جوفه ، ولو أنلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها ، فقال صاحب الطعام لمقلبه : بعك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم ، أو بهذا الثوب ، صح .

إذا ثبت هذا فإن كان الموض في الصلح مما لا يحتاج إلى تسليمه ، ولا سبيل إلى معرفته كالتخصمين في مواريث دراسة ، وحقوق ساقفة ، أو في أرض ، أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين ، لما ذكرناه من الخبر والمغنى . وإن كان مما يحتاج إلى تسليمه لم يجز مع الجهالة . ولا بد من كونه معلوماً . لأن تسليمه واجب ، والجهالة تمنع التسليم ، وتفضى إلى التنازع ، فلا يحصل مقصود الصلح .

٣٤٥٣ (فصل) فأما ما يمكنهما معرفته ، كتركه موجودة ، أو يعلمه الذي هو عليه ويجهله صاحبه ، فلا يصح الصلح عليه مع الجهل ، قال أحمد : إن صولحت امرأة من ثمنها لم يصح ، واحتج بقول شريح : أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يثبت لها ما ترك زوجها . فهي الرببة كلها . قال : وإن ورث قوم مالا ،

ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم : نخرجك من الميراث بألف درهم : أكره ذلك ، ولا يشتري منها شيء ، وهي لا تعلم ، لعلها تظن أنه قليل ، وهو يعلم أنه كثير ، ولا يشتري حتى تعرفه ، وتعلم ما هو ؟ وإنما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه . ولا يدري ما هو ؟ حساب بينهما فيصلحه ، أو يكون رجل يعلم ما له على رجل ، والآخر لا يعلمه ، فيصلحه ، فأما إذا علم فلم يصلحه وإنما يريد يهضم حقه وبذهب به . وذلك لأن الصلح إنما جاز مع الجهالة للحاجة إليه ، لإبراء الذم ، وإزالة الخصام ، فمع إمكان العلم لا حاجة إلى الصلح مع الجهالة . فلم يصح ، كالبيع .

٣٤٥٤ (فصل) وبصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه ، سواء كان مما يجوز بيعه . أولاً يجوز . فيصح عن دم العمد ، وسكنى الدار ، وعيب التبيع ، ومتى صالح عما بوجب القصاص بأكثر من دية ، أو أقل جاز . وقد روى أن الحسن ، والحسين ، وسعيد بن العاص ، بذلوا للذى وجب له القصاص على هذبة بن خشرم سبع ديات ، فأبى أن يقبلها . ولأن المال غير متمين ، فلا يقع العوض في مقابلته ، فأما إن صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دية من جنسها ، لم يجز . وكذلك لو أنلف عبداً أو شيئاً غيره . فصالح عنه بأكثر من قيمته من جنسها لم يجز . وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : يجوز . لأنه يأخذ عوضاً عن المتلف ، فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته ، كما لو باعه بذلك .

ولنا : أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة ، فلم يجز أن يصلح عنها بأكثر منها من جنسها ، كالثابتة عن قرض ، أو ثمن مبيع ، ولأنه إذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها . فيكون أكل مال بالباطل . فأما إن صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز ، لأنه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته ، أو أقل .

٣٤٥٥ (فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالانلاف بمائة مؤجلة لم يجز ، وكانت حالة . وبهذا قال الشافعى . وعن أحمد : يجوز . وهو قول أبي حنيفة . لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز ، كما لو باعه إياه .

ولنا : أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف ، وهو مائة حالة ، والحال لا يتأجل بالتأجيل . وإن جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين . وبيع الدين بالدين غير جائز .

٣٤٥٦ (فصل) ولو صالح عن القصاص بعبد ، فخرج مستحقاً رجع بقيمته ، في قولهم جميعاً . وإن خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ، ومحمد ، وقال أبو حنيفة : يرجع بالدية . لأن الصالح فاسد ، فرجع ببذل ما صالح عنه وهو الدية .

ولنا : أنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً ، فرجع في قيمته ، كما لو خرج مستحقاً .

٣٤٥٧ (فصل) ولو صالح عن دارٍ ، أو عبد بعوض ، فوجد العوض مستحقاً ، أو حرّاً رجع في الدار ، وما صالح عنه ، أو بقيمته إن كان تالفاً . لأنّ الصلح ههنا بيعٌ في الحقيقة . فإذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حرّاً ، كان البيعُ فاسداً . فرجع فيما كان له . بخلاف الصلح عن القصاص ، فإنه ليس ببيعٍ . وإنما يأخذُ عوضاً عن إسقاط القصاص ، ولو اشترى شيئاً ، فوجده معيباً ، فصالحه عنه بغيره ، فبان مستحقاً ، أو حرّاً ، رجع بأرش العيب ، ولو كان البائع امرأةً فزوّجته نفسها عوضاً عن أرش العيب ، فزال العيب ، رجعت بأرشه ، لا بمهر المثل . لأنها رضيت ذلك مهرأ لها .

٣٤٥٨ (فصل) ولو صالحه عن القصاص بحرّ يعلنان حرّيته ، أو عبد يعلنان أنه مستحقّ ، أو صالحاً بذلك عن غير القصاص ، رجع بالدية ، وبما صالح عنه ، لأنّ الصلح ههنا باطلٌ يعلنان بطلانه . فكان وجوده كعدمه .

٣٤٥٩ (فصل) إذا صالح رجلاً على موضع قناةٍ من أرضه ، يجري فيها ماء ، وبيّنا موضعها ، وعرضها ، وطولها ، جاز . لأنّ ذلك بيعٌ موضعٍ من أرضه . ولا حاجة إلى بيان تحمقه . لأنه إذا ملك للموضع كان له إلى تخومهِ . فله أن يترك فيه ما شاء . وإن صالحه على إجراء الماء في ساقيةٍ من أرض ربّ الأرض مع بقاء ملكه عليها . فهذا إجارة للأرض ، فيشترط تقدير المدّة . لأنّ هذا شأن الإجارة ، فإن كانت الأرض في يد رجل بإجارة ، جاز له أن يصالح رجلاً على إجراء الماء فيها في ساقيةٍ محفورة مدّة لا تتجاوز مدّة إجارته . وإن لم تكن الساقية محفورة ، لم يجز أن يُصالحه على ذلك . لأنّه لا يجوز إحداث ساقية في أرض في يده بإجارة ، فأما إن كانت الأرض في يده وقفاً عليه ، فقال القاضي : هو كالمستأجر ، له أن يُصالح على إجراء الماء في ساقيةٍ محفورة في مدّة معلومة ، وليس له أن يحفر فيها ساقيةً . لأنه لا يملكها ، إنّما يستوفي منفعتها ، كالأرض المستأجرة سواء . وهذا كلّهُ مذهبُ الشافعيّ ، والأولى : أنه يجوز له حفرُ الساقية ، لأنّ الأرض له ، وله التصرف فيها كيفما شاء ، ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره ، بخلاف المستأجر . فإنه إنّما يتصرف فيها بما أُذن له فيه ، فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أُذن له في الحفر . فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدّة ، فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدّة ؟ على وجهين . بناءً على ما إذا آجره مدّة ، فمات في أثناءها . فإن قلنا : له فسخ الصلح ، ففسخه رجع المصالحُ على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدّة ، وإن قلنا : ليس له الفسخُ رجع من انتقل إليه الوقفُ على الورثة .

٣٤٦٠ (فصل) وإن صالح رجلاً على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه ، أو في أرضه عرض سطحه ، أو في أرضه عن أرضه جاز . إذا كان ما يجري ماءً معروفاً ، إمّا بالمشاهدة ، وإمّا بمعرفة المساحة ، لأنّ الماء يختلفُ بصغر السطح ، وكبره . ولا يمكن ضبطه بغير ذلك . ويشترط معرفة الموضع الذي يجري

منه الماء إلى السطح . لأن ذلك يختلف ، ولا يفتقر إلى ذكر مدة . لأن الحاجة تدعو إلى هذا ، ويجوز المقدر على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر ، كما في النكاح ، ولا يملك صاحب الماء مجراه ، لأن هذا لا يستوفى به منافع الجرى دائماً ، ولا في أكثر المدة ، بخلاف الساقية ، ويختلفان أيضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج إلى ما يقدر به . لأن تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية ، فإنه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها . والماء الذي على السطح يحتاج إلى معرفة مقدار السطح ، لأنه يجري منه القليل ، والكثير ، وإن كان السطح الذي عليه الماء مستأجراً ، أو عارية مع إنسان ، لم يجز أن يصلح على إجراء الماء عليه . لأنه يتضرر بذلك . ولم يؤذن له فيه ، فلم يكن له أن يتصرف به ، بخلاف الماء في الساقية المحفورة ، فإن الأرض لا تتضرر به ، وإن كان ماء السطح يجري على أرض ، احتمل أن لا يجوز له الصلح على ذلك ، لأنه إن احتاج إلى حفر لم يجز له أن يحفر أرض غيره ، ولأنه يجعل لغير صاحب الأرض رسماً . فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها . واحتمل الجواز إذا لم يحتاج إلى حفر ، ولم تكن فيه مضرة لأنه بمنزلة إجراء الماء في ساقية محفورة . ولا يجوز إلا مدة لا تزيد على مدته إجارته . كما قلنا في إجراؤه الماء في الساقية . والله أعلم .

٣٤٦١ (فصل) وإذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره . لغير ضرورة ، لم يجز إلا بإذنه ، وإن كان لضرورة ، مثل أن يكون له أرض للزراعة ، لها ماء لا طريق له إلا أرض جاره . فهل له ذلك ، على روايتين :

إحدهما : لا يجوز . لأنه تصرف في أرض غيره بغير إذنه ، فلم يجز ، كما لو لم تدع إليه ضرورة . لأن مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره . بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ، ولا البناء فيها ، ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه . قبل هذه الحاجة .

والأخرى : يجوز . لما روى « أن الضحّاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض ، فأراد أن يمرّ به في أرض محمد بن مسلمة ، فأبى ، فقال له الضحّاك : لم تمنعني وهو منفعة لك ، تشربه أولاً وآخرأ ، ولا يضرك ؟ فأبى محمد . فكلّم فيه الضحّاك عمر ، فدعا عمر محمد بن مسلمة ، وأمره أن يخلي سبيله . فقال محمد : لا والله . فقال له : لِمَ تَمْنَعُ أَخَاكَ مَا يَنْفَعُهُ . وَهُوَ لَكَ نَافِعٌ . تَشْرَبُهُ أَوَّلًا وَآخِرًا ؟ فقال عمر : لا والله . فقال عمر : والله ليمرنّ به ، ولو على بطنك . فأمره عمر أن يمرّ به ، ففعل » رواه مالك في مؤطّته ، وسعيد في سننه . والأول أقيس . وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للأصول . فكان أولى .

٣٤٦٢ (فصل) وإن صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوماً ، أو يومين أو من عينه ، وقدره بشيء يعلم به ، فقال القاضي : لا يجوز . لأن الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه . فلا يجوز .

الصلح عليه . ولأنه مجهول . قال : وإن صالحه على سهم من العين ، أو النهر : كالثلاث ، أو الربع جاز . وكان بيعاً للقرار . والماء تابع له . ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره ، وقناته . لأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، والماء مما يجوز أخذ العوض عنه . بدليل ما لو أخذ في قربته في الجملة ، أو إنائه . ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه . بدليل الصلح عن دم العمد ، وأشباهه ، والصلح على المجهول .

٣٤٦٣ (فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه ، مثل أن يصالح امرأة اتقر بالزوجية ، لأنه صلح يُحلّ حراماً . ولأنها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يحز . وإن دفعت إليه عوضاً عن هذه الدعوى ليكف عنها ، ففيه وجهان :

أحدهما : لا يجوز ، لأن الصلح في الإنكار إنما يكون في حق المنكر ، لافتداء اليمين . وهذه لا يمين عليها . وفي حق المدعى بأخذ العوض في مقابلة حقه الذي بدعيه . وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له . وإنما أجاز الخلع للحاجة إلى افتداء نفسها .

والثاني : يصح . ذكره أبو الخطاب ، وإن عقيل ، لأن المدعى يأخذ عوضاً عن حقه من النكاح . فجاز كموض الخلع . والمرأة تبذل له لقطع خصومته ، وإزالة شره ، وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك . ولأنها مشروعة في حقه في إحدى الروايتين ، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية بإقرارها ، أو ببيئته . فإن قلنا ، الصلح باطل ، فالنكاح باق بحاله . لأنه لم يوجد من الزوج طلاق ، ولا خلع ، وإن قلنا : هو صحيح ، احتمل ذلك أيضاً . ولذلك احتمل أن تبين منه يأخذ العوض . لأنه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها ، فكان خلعاً ، كما لو أقرت له بالزوجية ، فخالعها ، ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً ، فصالحها على مال لنزل عن دعواها ، لم يحز . لأنه لا يجوز لها بذل نفسها لمطالقتها بعوض ، ولا بغيره . وإن دفعت إليه مالاً ليقر بطلاقها ، لم يحز في أحد الوجهين ، وفي الآخر : يجوز . كما لو بذلت له عوضاً ليطلقها ثلاثاً .

٣٤٦٤ (فصل) وإن ادعى على رجل أنه عبده ، فأنكره ، فصالحه على مال ليقر له بالعبودية ، لم يحز ، لأنه يحلّ حراماً . فإن إرفاق الحر نفسه لا يحلّ بعوض ، ولا بغيره ، وإن دفع إليه المدعى عليه مالاً صلحاً عن دعواه ، صح . لأنه يجوز أن يعتق عبده بمال ، ويشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه ، والخصومة المتوجهة إليه . ولو ادعى على رجل ألفاً ، فأنكره ، فدفع إليه شيئاً ليقر له بالألف ، لم يصح . فإن أقرّ لزمه ما أقر به ، ويرد ما أخذه . لأنه تبين بإقراره كذبه في إنكاره ، وأن الألف عليه . فيلزمه أدائه بغير عوض . ولا يحلّ له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه ، وإن دفع إليه المنكر مالاً صلحاً عن دعواه ، صح ، وقد مضى ذكره .

٣٤٦٥ (فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح ، لأنه لا يخلو من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به ، كدين آدمي أو حق الله تعالى لا يسقط بالشبهة ، كالزكاة ، ونحوها . فلا يجوز كتمانها ، ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك ، كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر ، وترك الصلاة .

الثاني : أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بالزور . فهذا يجب عليه ترك ذلك ، ويحرم عليه فعله . فلا يجوز أخذ العوض عنه ، كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ، ولا يغصب ماله .

الثالث : أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً ، كالزنا ، والسرقة ، فلا يجوز أخذ العوض عنه . لأن ذلك ليس بحق له . فلم يجوز له أخذ عوضه ، كسائر ما ليس بحق له . ولو صالح السارق ، والزاني ، والشارب ، بمال على أن لا يرفعه إلى السلطان ، لم يصح الصلح ، لذلك ، ولم يجوز له أخذ العوض ، وإن صالحه عن حد القذف ، لم يصح الصلح . لأنه إن كان الله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه ، لسكونه ليس بحق له . فأشبه حد الزنا ، والسرقة ، وإن كان حقاً له ، لم يجوز الاعتياض عنه ، لسكونه حقاً ليس بمال . ولهذا لا يسقط إلى بدل ، بخلاف القصاص . ولأنه شرع لتنزيه العرض . فلا يجوز أن يعتاض عن عرضه بمال ، وهل يسقط الحد بالصلح ؟ فيه وجهان ، مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى ، أو حقاً لآدمي .

فإن كان حقاً لله تعالى لم يسقط بصلح آدمي ، ولا إسقاطه ، كحد الزنا ، والسرقة ، وإن كان حقاً لآدمي سقط بصلحه ، وإسقاطه ، مثل القصاص . فإن صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح . لأنه حق شرع على خلاف الأصل ، لدفع ضرر الشركة ، فإذا رضى بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ، كحد القذف ، إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً . لسكونه حقاً لآدمي .

٣٤٦٦ (فصل) ولا يجوز أن يشترع إلى طريق نافذ جناحاً ، وهو الروشن^(١) ، يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط ، وأطرافها خارجة في الطريق ، سواء كان ذلك بضر في العادة بالمسارعة أو لا بضر ، ولا يجوز أن يجمل عليها سابطاً^(٢) ، بطريق الأولى ، وهو المستوفى لهواء الطريق كله على حائطين ، سواء كان الحائطان منسكاً ، أو لم يكونا ، وسواء أذن الإمام في ذلك ، أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل : إن لم يكن فيه ضرر جاز إذن الإمام . لأنه نائبهم ، فجري إذنه مجرى إذن المشتركين في الدرب الذي ليس

(١) الروشن : مثل « البلكونة » الآن ، غير أنه يكون خارجاً أكثر منها في شارع ضيق .

(٢) السابط : السقف يغطي الطريق بين دارين .

بنافذ ، وقال أبو حنيفة : يجوز من ذلك مالا ضرر فيه ، وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قتله ، وقال مالك ، والشافعي ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد : يجوز ذلك إذا لم يضر بالمسار ، ولا يملك أحد منه ، لأنه ارتفق بما لم يمتنع ملك أحد فيه من غير مضرّة ، فكان جائزاً ، كالشيء في الطريق ، والجلوس فيها ، واختلفوا فيما لا يضر ، فقال بعضهم : إن كان في شارع تمرّ فيه الجيوش ، والأحمال ، فيسكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورُحْله منصوب لا يباغته ، وقال أكثرهم : لا يقدر بذلك . بل يكون بحيث لا يضرّ بالعماريات ، والمحامل .

ولنا : أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه ، فلم يجوز . كبناء الدكة . أو بناء ذلك في درّب غير نافذ ، بغير إذن أهله ، ويُفارق المرور في الطريق . فإنّها جعلت لذلك ، ولا مضرّة فيه ، والجلوس لا يدوم ، ولا يمكن التجرّز منه ، ولا نسلم أنه لا مضرّة فيه ، فإنّه يُظلم الطريق ، ويسدّ الضوء ، وربما سقط على المسارّة ، أو سقط منه شيء . وقد تعلقوا الأرض بمرور الزمان ، فيصدم رؤوس الناس ، ويمنع مرور الدوابّ بالأحمال ، ويقطع الطريق إلّا على الماشي ، وقد رأينا مثل هذا كثيراً ، وما يُفرض إلى الضرر في ثلثي الحال يجب المنع منه في ابتدائه ، كما لو أراد بناء حائط مائل إلى الطريق يُخشى وقوعه على من يمرّ فيها ، وعلى أبي حنيفة : أنه بناء في حقّ مشترك ، لو منع منه بعض أهله لم يجوز . فلم يجوز بغير إذنه ، كما لو أخرجه إلى هواء دارٍ مُشتركة ، وذلك لأنّ حقّ الآدميّ لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه ، وإن كان ساكناً ، كما لا يجوز إذا منع منه .

٣٤٦٧ (فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكاناً بغير خلاف فعله ، سواء كان الطريق واسعاً ، أو غير واسع ، سواء أذن الإمام فيه ، أو لم يأذن . لأنّه بناء في ملك غيره بغير إذنه ، ولأنّه يؤذى المارّة ، ويضيق عليهم ، ويعثرُ به العائرُ ، فلم يجوز ، كما لو كان الطريق ضيقاً .

٣٤٦٨ (فصل) ولا يجوز أن يبني دكاناً ، ولا يُخرج رَوْشناً ، ولا ساباطاً على درب غير نافذ إلا بإذن أهله . وبهذا قال الشافعي ، إذا لم يكن له في الدرب بابٌ ، وإن كان له في الدرب بابٌ ، فقد اختلف أصحابه ، فمنهم من منعه أيضاً ، ومنهم من أجاز له إخراج الجناح ، والساباط . لأنّ له في الدرب استطرافاً . فملك ذلك ، كما يملكه في الدرب النافذ .

ولنا : أنه بناء في هواء ملك قوم مُعيّنين . أشبه ما لو لم يكن له فيه بابٌ ، ولا نسلم الأصل الذي قاسوا عليه . فأمّا إن أذن أهلُ الدرب فيه جاز . لأنّ الحقّ لهم . فجاز بإذنهم ، كما لو كان المالك واحداً ، وإن صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم ، جاز ، وقال القاضي ، وأصحاب الشافعي : لا يجوز ، لأنّه بيع للهواء دون القرار .

ولنا : أنه يبنى فيه بإذنهم ، فجاز ، كما لو أذنوا له بغير عوض ، ولأنه ملك لهم ، فجاز لهم أخذُ
عوضه ، كالقرار .

إذا ثبت هذا فإتاما يجوز بشرط كون ما يُخرجه معلوم المقدار في الخروج ، والعلو وهكذا الحكم فيما
إذا أخرج به إلى ملك إنسان مُعَيَّن . لا يجوز بغير إذنه ، ويجوز بإذنه بعوض ، وبغيره ، إذا كان معلوم
المقدار ، والله أعلم .

٣٤٦٩ (فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه ، سواء جعلها لماء المطر ،
أو ليستخرج منها ما ينفع به ، ولا غير ذلك ، لما ذكرناه من قبل ، وإن أراد حفرها للمسلمين ونفعهم ،
أو لنفع الطريق ، مثل أن يحفرها ليستقي الناس من مائها ، ويشرب منه المارة ، أو لينزل فيها ماء المطر
عن الطريق ، نظرنا : فإن كان الطريق ضيقاً أو يحفرها في ممر الناس ، بحيث يُخاف سقوط إنسان فيها ،
أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم ، لم يحز ذلك . لأن ضررها أكثر من نفعها ، وإن حفرها في زاوية في
طريق واسع ، وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها ، جاز . لأن ذلك نفع بلا ضرر . فجاز ، كتمهيدها ، وبناء
رصيف فيها . فأما ما فعله في درب غير نافذ ، فلا يجوز ، إلا بإذن أهله . لأن هذا ملك لقوم مُعَيَّنِينَ .
فلم يحز فعل ذلك بغير إذنه ، كما لو فعله في بستان إنسان ، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز ، سواء
حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره ، أو ليستقي منها ماء لنفسه ، أو حفرها للسبيل ، ونفع الطريق ،
وكذلك إن فعل ذلك في ملك إنسان مُعَيَّن

٣٤٦٠ (فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ، ولا يجوز إخراجها إلى درب
نافذ إلا بإذن أهله ، وقال أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي : يجوز إخراجها إلى الطريق الأعظم . لأن
عمر رضى الله عنه « اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزاباً إلى الطريق فقلعه ، فقال العباس : قلعه
وقد نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، بيده ؟ فقال : والله لا نصبته إلا على ظهري ، وأخفى حتى
صعد على ظهره فنصبه » وما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم فلغيره فعله ، ما لم يقم دليل على اختصاصه
به ، ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، ولا يمكنه رد مائه إلى الدار . ولأن الناس يعملون ذلك في جميع بلاد
الإسلام من غير تكبر .

ولنا : أن هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ، فلم يحز ، كما لو كان الطريق غير
نافذ . ولأنه يضر بالطريق ، وأهلها ، فلم يحز ، كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها . ولا يخفى ما فيه
من الضرر ، فإن ماء يقع على المارة ، وربما جرى فيه البول ، أو ماء نجس ، فينجسهم ، ويؤذي الطريق
ويجعل فيها الضئ ، والحديث قصية في عين . فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ ، أو تجددت الطريق بمد

نصبه ، ويحتمل أن يجوز ذلك . لأن الحاجة داعيةٌ إليه ، والعادة جارية به ، مع مافيه من الخبر المذكور .
 ٣٤٧١ (فصل) ولا يجوز أن يفتح في الحائط المشترك طاقاً ، ولا باباً إلا بأذن شريكه ، لأن ذلك انتفاع بملك غيره ، وتصرف فيه بما يضر به ، ولا يجوز أن يفرز فيه وتداً ، ولا يُحدث عليه حائطاً ، ولا يستره ، ولا يتصرف فيه نوع تصرف ، لأنه تصرف في الحائط بما يضر به ، فلم يجوز ، كدفعه . ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الأولى . لأنه إذا لم يجوز فيما له فيه حق ، ففيما لا حق له فيه أولى . وإن صالحه عن ذلك بعوض ، جاز . وأما الاستناد إليه ، وإسناد شيء لا يضره إليه ، فلا بأس به . لأنه لا مضرة فيه ، ولا يمكن التحرر منه . أشبه الاستغلال به .

٣٤٧٢ (فصل) فأما وضع خشبه عليه ، فإن كان يضر بالحائط اضعفه عن حمله ، لم يجوز ، بغير خلاف نعلمه . لما ذكرنا . وأقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وإن كان لا يضر به إلا أن به غنية عن وضع خشبه عليه ، لإمكان وضعه على غيره . فقال أكثر أصحابنا : لا يجوز أيضاً . وهو قول الشافعي ، وأبي ثور . ولأنه انتفاع بملك غيره بغير إذنه ، من غير حاجة ، فلم يجوز ، كبناء حائط عليه ، وأشار ابن عقيل إلى جوازه . لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يمتنع أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره » متفق عليه ، ولأن ما أبيح للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة ، كأخذ الشقص بالشفعة من المشتري ، والفسخ بالخيار ، أو بالعيب ، واتخاذ الكلب للعديد ، وإباحة السلم ، ورخص السفر ، وغير ذلك ، فأما إن دعت الحاجة إلى وضعه على حائط جاره ، أو الحائط المشترك ، بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه . فإنه يجوز له وضعه بغير إذن الشريك . وبهذا قال الشافعي في القديم . وقال في الجديد : ليس له وضعه . وهو قول أبي حنيفة ، ومالك ، لأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجوز كزراعته .

ولنا : الخبر . ولأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به ، أشبه الاستناد إليه ، والاستغلال به . وبفارق الزرع . فإنه يضر ، ولم تدع إليه حاجة .

إذا ثبت هذا فاشترط القاضي ، وأبو الخطاب للجواز أن يكون له ثلاثة حيطان ، ولجاره حائط واحد . وليس هذا في كلام أحمد . إنما قال في رواية أبي داود : لا يمتنع إذا لم يكن ضرر ، وكان الحائط يبق ، ولأنه قد يمتنع التسقيف على حائطين ، إذا كانا غير متقابلين ، أو كان البيت واسماً يحتاج إلى أن يعمل عليه جسراً ، ثم يضع الخشب على ذلك الجسر . والأولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه ، ولا فرق فيما ذكرنا بين البائع ، واليتم ، والجنون ، والمائل ، لما ذكرنا . والله أعلم .

٣٤٧٣ (فصل) فأما وضعه في جدار المسجد إذا وجد الشرطان ، فمن أحمد فيه روايتان :

إحداهما : الجواز . لأنه إذا جاز في ملك الجار مع أن حقه مبنى على الشح ، والضيق . ففي حقوق الله تعالى المبنية على المساحمة ، والمساهلة أولى .

والثانية : لا يجوز . نقلها أبو طالب . لأن القياس يقتضى المنع في حق الكل ، ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه . فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس . وهذا اختيار أبي بكر . وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجهاً للمنع من وضع الخشب في ملك الجار . لأنه إذا منعت من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين ، وللواضع فيه حق . فلأن يمنع من ذلك المختص بغيره أولى . ولأنه إذا منع في حق الله تعالى مع أن حقه على المساحمة ، والمساهلة ، لغنى الله تعالى ، وكرمه . فلأن يمنع في حق آدمي مع شحّه وضيقه أولى ، والمذهب الأول .

فإن قيل : فلم لا تميزون فتح الطاق ، والباب في الحائط ، بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا : لأن الخشب يملك الحائط ، وينفعه ، بخلاف الطاق ، والباب . فإنه يضعف الحائط . لأنه يبقى مفتوحاً في الحائط . والذي يفتح للخشبة يسده بها . ولأن وضع الخشب تدعو الحاجة إليه ، بخلاف غيره .

٣٤٧٤ (فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط ، فزال بسقوطه ، أو قلعه ، أو سقوط الحائط ، ثم أعيد ، فله إعادة خشبه . لأن السبب الجواز لوضعه مستمراً ، فاستمر استحقاق ذلك . وإن زال السبب ، مثل أن يخشى على الحائط من وضعه عليه ، أو استغنى عن وضعه ، لم تجز إعادته لزوال السبب المبيح . وإن خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه ، أو استغنى عن وضعه ، لم يزل له . لأنه يضر بالمالك . ويحول الخشب ، وإن لم يخف عليه ، لكن استغنى عن إبقائه عليه ، لم يزل له . لأنه يضر بغيره . ولا ضرر على صاحب الحائط في إبقائه ، بخلاف ما لو خشي سقوطه .

٣٤٧٥ (فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره ، لم يملك إعارته ، ولا إجارته ، لأنه إنما كان له ذلك لحاجته الماسة إلى وضع خشبه ، ولا حاجة له إلى وضع خشب غيره ، فلم يملكه . وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ، ولا المصالحه عنه للمالك ، ولا لغيره . لأنه أبيع له من حق غيره لحاجة . فلم يجز له ذلك فيه ، كطعام غيره إذا أبيع له من أجل الضرورة ، ولو أراد صاحب الحائط إعارته الحائط ، أو إجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه ، لم يملك ذلك . لأنه وسيلة إلى منع ذي الحق من حقه ، فلم يملكه كمنه . ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة ، لم يملك ذلك . لما فيه من تفويت الحق ، وإن احتاج إلى هدمه للخوف من انهدامه ، أو لتحويله إلى مكان آخر ، أو لغرض صحيح . ملك ذلك ، لأن (٤٨٠ - المغنى - رابع)

صاحب الخشب إنَّما يثبت حقه الإرفاق به ، مشروطاً بعدم الضرر بصاحب الحق . فتتألف إلى الضرر زال الاستحقاق . لزوال شرطه .

٣٤٧٦ (فصل) وإذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه ، أو وضع سترة عليه . أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي يستحق وضعه ، جاز . فإذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة . فإذا رجع المَعِيرُ فيها ، لم يكن له ذلك ، ولم يلزم المستعير إزالة ما فعله . لأنَّ إذارته اقتضى البقاء . والدوام ، وفي القلع إضراره به ، فلا يملك ذلك المعير ، كما لو أعاره أرضاً للدفن ، والغراس ، لم يملك المطالبة بنقل الميت ، والغراس بغير ضمان ، وإن أراد هدم الحائط لغير حاجة ، لم يكن له ذلك . لأنَّ المستعير قد استحقَّ تبقية الخشب عليه ، ولا ضرر في تبقيته . وإن كان مُستهدماً^(١) فله نقضه . وله على صاحب البناء ، والخشب ، إزالته . وإذا أعيد الحائط لم يملك المستعير ردهً بنائه ، وخشبه ، إلّا بإذن جديده ، سواء بناه بآلته ، أو غيرها ، وهكذا لو قلع المستعير خشباً ، أو سقط بنفسه ، لم يكن له ردهً إلّا بإذن مستأنف . لأنَّ المنع من القلع إنَّما كان لما فيه من الضرر ، وههنا قد حصل القلع بغير فعله ، فأشبهه مالوك في الأرض شجرةً ، فأنقلع ، وهذا أحدُ الوجهين لأصحاب الشافعي ، وقالوا في الآخر : له ذلك . لأنه قد استحقَّ بقاء ذلك على التأييد . وليس كذلك ، فإنه إنَّما استحقَّ الإبقاء ضرورة دفع ضرر القلع . وقد حصل القلع ههنا . فلا يبقى الاستحقاق ، وإن قلع صاحب الحائط ذلك عدواناً ، كان للآخر إعادته ، لأنه أزيل بغير حقٍّ تعدّياً ممن عليه الحقُّ ، فلم يسقط الحقُّ عنه بعدوانه . وإن أزاله أجنبيٌّ لم يملك صاحبه إعادته بغير إذن المالك . لأنه زال بغير عدوان منه . فأشبهه مالهو سقط بنفسه .

٣٤٧٧ (فصل) وإن أذن له في وضع خشبه ، أو البناء على جداره بعوض ، جاز . سواء كان إجارةً في مدّة معلومة ، أو صلحاً على وضعه على التأييد . ومتى زال فله إعادته ، سواء زال لسقوطه ، أو سقوط الحائط ، أو غير ذلك ، لأنه استحقَّ إبقائه بعوض ، ويحتاج إلى أن يكون البناء معلوم العَرَض ، والطول ، والسُّمك ، والآلات ، من الطين ، والطين ، والأجر ، وما أشبه ذلك . لأنَّ هذا كله يختلف ، ويحتاج إلى معرفته ، وإذا سقط الحائط الذي عليه البناء ، أو الخشب ، في أثناء مدّة الإجارة سقوطاً لا يعود ، انفسخت الإجارة فيما بقي ، ورجع من الأجرة بقسط ما بقي من المدّة . وإن أعيد رجع من الأجرة بقدر المدّة التي سقط فيها البناء ، والخشب عنه ، وإن صالحه مالك الحائط على رفع بنائه ، أو خشبه بشيء معلوم ، جاز ، كما يجوز الصالح على وضعه ، سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صوّاح به على وضعه ، أو أقلّ ، أو أكثر . لأنَّ هذا عوض عن المنفعة المستحقة له . وكذلك لو كان له مسيل ماء في أرض غيره ، أو

(١) مستهدماً : يعني (آيل للسقوط) كما يقال في عرفنا اليوم .

ميزاب ، أو غيره ، فصالح صاحب الأرض مُسْتَحِقُّ ذلك بموضع ، ليزيله عنه جاز . وإن كان الخشب ، أو الحائط قد سقط ، فصالحه يشترى على أن لا يعيده جاز . لأنه لما جاز أن يبيع ذلك منه ، جاز أن يُصالح عنه . لأن الصلح يبيع .

٣٤٧٨ (فصل) وإذا وجد بناؤه ، أو خشبه على حائط مشترك ، أو حائط جاره ، ولم يعلم سببه . فتنى زادفه لإعادته . لأن الظاهر أن هذا الوضع يحق من صلح ، أو غيره ، فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه ، وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره ، أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره ، وما أشبه هذا فهو له ، لأن الظاهر أنه له بحق ، فمجري ذلك مجرى اليد الثابتة ، وإذا اختلفا في ذلك : هل هو بحق أو بُد ان ؟ فالقول قول صاحب الخشب ، والبناء ، والمسيل مع يمينه . لأن الظاهر معه .

٣٤٧٩ (فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين ، فأنكره أحدهما ، وأقر له الآخر ، ثم صالحه عما أقر له بموضع ، صح الصلح . ولأخيه الأخذ بالشفعة . ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الإنكار مطلقاً ، وبين ما إذا قال . هذه لنا ، ورثناها جميعاً عن أبينا ، أو أخينا ، فيقال : إذا كان الإنكار مطابقاً ، كان له الأخذ بالشفعة . وإن قال : ورثناها عن أبينا ، فلا شفعة له . لأن المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر ، لم يزل ، وأن الصلح باطل . فيؤخذ بذلك ، ولا يستحق به شفعة .

ووجه الأول : أن الملك ثبت المدعى حكماً . وقد رجع إلى المقر بالبيع . وهو معترف بأنه يبيع صحيح ؛ فتثبت فيه الشفعة ، كما لو كان الإنكار مطلقاً . ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعى ، ببيع ، أو هبة ، أو سبب من الأسباب . فلا يتنافى إنكار المنكر ، وإقرار المقر ، كخالة إطلاق الإنكار ، وهذا أصح .

٣٤٨٠ « مسألة » قال ﴿ وإذا تداعى نفسان جداراً معقوداً ببناء كل واحد منهما تخالفاً ، وكان بينهما ، وكذلك إن كان محلولا من بنائهما . وإن كان معقوداً ببناء أحدهما ، كان له مع يمينه ﴾ وجملة ذلك : أن الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما ، وتساويا في كونه معقوداً ببنائهما معاً . وهو أن يكون متصلًا بهما اتصالاً لا يمكن إحداثه بعد بناء الحائط ، مثل اتصال البناء بالطين ، كمذه الفطائر التي لا يمكن إحداث اتصال بعضها ببعض ، أو تساويًا في كونه محلولا من بنائهما ، أي غير متصل ببنائهما الاتصال المذكور . بل بينهما شوقٌ مُستطيل ، كما يكون بين الحائطين اللذين ألقى أحدهما بالآخر . فإِنْ لم يكن لواحد منهما بيعة تخالفاً . فيحالف كل واحد منهما على نصف الحائط : أنه له . ويعمل بينهما نصفين . لأن كل واحد منهما يده على نصف الحائط . لتكون الحائط في أيديهما . وإن حلف كل واحد منهما على جميع الحائط : أنه له ، وما هو لصاحبه ، جاز . وهو بينهما . وبهذا قال

أبو حنيفة، والشافعي، وأبو ثور، وابن المنذر. ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لأن المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما بيّنة، فالقول قول من هي في يده، مع يمينه. فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها. فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لأحدهما بيّنة حكم له بها، وإن كان لكل واحد منهما بيّنة تعارضتا، وصارا كمن لا بيّنة لهما، فإن لم يكن لهما بيّنة، ونكلا عن اليمين، كان الحائط في أيديهما على ما كان، وإن حلف أحدهما، ونكلا الآخر، فُضِيَ على الناكل. فكان الكل الآخر، وإن كان الحائط متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر، فهو له مع يمينه. وبهذا قال أبو حنيفة، والشافعي. وقال أبو ثور: لا يرجح بالعقد، ولا ينظر إليه.

ولنا: أن الظاهر أن هذا البناء بُنى كله بناءً واحداً، فإذا كان بعضه لرجل كان بقيته له، والبناء الآخر المحلول، الظاهر: أنه بُنى وَحْدَهُ. فإنه لو بُنى مع هذا كان متصلاً به. فالظاهر: أنه لغير صاحب هذا الحائط المختلف فيه. فوجب أن يرجح بهذا كاليد، والأزج^(١).

فإن قيل: فلم لم يجعلوه له بغير يمين لذلك؟

قلنا: لأن ذلك ظاهر. وليس بيقين. إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه، أو كان له فوهبه إياه، أو بناه بأجرة. فشُرعت اليمين من أجل الاحتمال، كما شُرعت في حق صاحب اليد، وسائر من وجبت عليه اليمين، فأما إن كان معقوداً ببناء أحدهما عقداً يمكن إحداثه، مثل البناء بالمالين، والأجر، فإنه يمكن أن يُنزع من الحائط المبني نصف كَيْفَةٍ، أو آجَرَةٍ، أو يُجعل مكانها كَيْفَةً صحيحة، أو آجَرَةً صحيحة، تعقد بين الحائطين، فقال القاضي: لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليمتلك الحائط المشترك. وظاهر كلام الخِرَقِيّ أنه يرجح بهذا الاتصال، كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداثه. لأن الظاهر أن صاحب الحائط لا بدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره، وتغيير بنائه، وفعل ما يدل على ملكه. فوجب أن يرجح بهذا، كما يرجح باليد. فإنه يمكن أن تكون بدأ عادية، حدثت بالفصب، أو بالسرقة، أو العارية، أو الإجارة. فلم يمنع ذلك الترجيح بها.

٢٤٨١ (فصل) فإن كان لأحدهما عليه بناء، كحائط مبني عليه، أو عقد معتمد عليه، أو قُبَّة، ونحوها، فهو له. وبهذا قال الشافعي. لأن وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه، لسكونه منتفعاً به.

(١) الأزج: نوع من الأبنية. ويقال أزجه تأزيجاً إذا بنسأه وطوله، والمراد هنا التعلية، أي كاليد وكتلية البناء.

جَرى مجرى كوت حمله على البهيمه وزرعه في الأرض . ولأن الظاهر : أن الإنسان لا يترك غيره يبنى على حائطه . وكذلك ان كانت له عليه سِتْرَة ، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ، ينفرد به أحدها ، أو له عليها أَرْجٌ معقود ، فالحائط المختاف فيه له . لأن الظاهر أن الخشبة لمن ينفرد بوضع بنيانه عليها . فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له .

(فصل) فإن كان لأحدهما خشب موضوع ، فقال أصحابنا : لا ترجح دعواه بذلك . وهو قول الشافعي لأن هذا مما يسمح به الجار . وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه . وعقدنا أنه حق يجب التمسك منه . فلم ترجح به الدعوى ، كإسناد مقاعه إليه ، وتخصيصه ، وتزويقه ، ويحتمل أن ترجح به الدعوى . وهو قول مالك ، لأنه مُنْتَفِعٌ به ، بوضع ماله عليه . فأشبهه الباني عليه ، والزارع في الأرض ، وورود الشرع بالنهي عن المنع منه لا يمنع كونه دليلاً على الاستحقاق . بدليل أننا استدلنا بوضعه على كون الوضع مُسْتَحَقّاً على الدوام ، حتى متى زال جازت إعادته ، ولأن كونه مُسْتَحَقّاً تشترط له الحاجة إلى وضعه . فقيا لا حاجة إليه له منعه من وضعه . وأما السماح به ، فإن أكثر الناس لا يقاسحون به ، ولهذا لما روى أبو هريرة الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم طأطأ نوارهم وسهم كراهة لذلك . فقال « مَا لِي أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ ؟ وَاللَّهِ لَأَرْمِينَ بِهَا بَيْنَ أَكْتَفَيْكُمْ » وأكثر الفقهاء لا يوجبون التمسك من هذا . ويحملون الحديث على كراهة المنع لا على تحريمه . ولأن الحائط يبنى لذلك ؟ فيرجح به كالأرج ، وقال أصحاب أبي حنيفة : لا ترجح الدعوى بالجذع الواحد . لأن الحائط لا يُبْنَى له ، ويرجح بالجذعين ، لأن الحائط يُبْنَى لهما .

ولنا : أنه موضوع على الحائط . فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله ، وكثيره كالبناء .

٣٤٨٢ (فصل) ولا ترجح الدعوى يكون الدواخل إلى أحدهما ، والخوارج ، ووجوه الأجر ، والحجارة ، ولا كون الأجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما ، وأقطاع الأجر إلى ملك الآخر ، ولا بمعاقد القُطْطِ^(١) في الخُص ، يعني عُقْدَ الخيوط التي يُشَدُّ بها الخُص ، وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي ، وقال أبو يوسف ، ومحمد : يحكم به لمن إليه وجه الحائط ، ومعاقد القُطْطِ . لما روى ثمر بن حازم التميمي ، عن أبيه « أَنَّ قَوْمًا اخْتَصَمُوا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي خُصٍّ . فَبِمَثِ حَدِيثَةِ بَنِ الْيَمَانِ لِيَجْهَكُمُ بَيْنَهُمْ ، فَجَهَكُمُ بِهِ لِمَنْ يَلِيهِ مَعَاقِدُ الْقُطْطِ . ثُمَّ رَجَعَ إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَأَخْبَرَهُ فَقَالَ :

(١) الخص البيت من البوص ، والقُطْط : جمع قُطْط بكسر القاف وسكون الميم ، وهو الحبل الذي يشد به البوص عند بناء الخص .

أصبت ، وأحسنّت » رواه ابن ماجه : ورؤى نحوه عن عليّ . لأنّ العرف جارٍ بأن من بنى حائطاً جعل وجه الحائط إليه .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « الْبَيْتَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ » ولأنّ وجه الحائط ، ومعاقد القمط إذا كانا شريكين فيه ، لا بدّ من أن يكون إلى أحدهما . إذ لا يمكن كونه إليهما جميعاً ، فبطلت دلالة كالتزويق ، ولأنّه يُراد للزينة ، فأشبهه التزويق ، وحديثهم لا يُثبتُهُ أهلُ النقل ، وإسناده مجهول ، قاله ابن المنذر . قال الشَّافِعِيُّ : ذكرت هذا الحديث لأحمد فلم يُقنعه . وذكرته لإسحاق بن راهوية ، فقال : ليس هذا حديثاً . ولم يصحّحه ، وحديث عليّ فيه مقال ، وما ذكروه من العرف ليس بصحيح . فإنّ العادة جعل وجه الحائط إلى خارجٍ ليراه الناس ، كما يلبس الرجل أحسن أثوابه أعلاها الظاهر للناس ، ليروه ، فيتزيّن به . فلا دليل فيه .

٣٤٨٣ (فصل) ولا ترجّح الدعوى بالتزويق ، والتحسين ، ولا يكون أحدهما له على الآخر سُتْرَةٌ غيرُ مبنيةٍ عليه . لأنه مما يتسامح به ، ويمكن إحداثه .

٣٤٨٤ (فصل) وإن تنازع صاحبُ العلوّ والسُّفل ، في حوائط البيت السفلائيّ ، فهي لصاحب السُّفل ، لأنه المنتفع بها . وهي من جملة البيت . فكانت لصاحبه . وإن تنازعا حوائط العلوّ ، فهي لصاحب العلوّ ، لذلك ، وإن تنازعا السقف ، تحالفاً ، وكان بينهما . وبهذا قال الإمام الشافعيّ . وقال أبو حنيفة : هو لصاحب السُّفل . لأن السقف على ملكه ، فكان القول قوله ، كما لو تنازعا سرجاً على دابةٍ أحدهما ، كان القول قول صاحبهما . وحكى عن مالك : أنه لصاحب السُّفل . وحكى عنه : أنه لصاحب العلوّ ، لأنه يجالس عليه ، ويتصرف فيه ، ولا يمكنه السكنى إلا به .

ولنا : أنه حاجز بين ملسكئهما ، ينتفعان به ، غير متّصل ببناء أحدهما اتّصال البنيان ، فكان بينهما ، كالحائط بين الملسكين . وقولهم : هو على ملك لصاحب السفل ، يبطل بحيطان العلوّ . ولا يُشبه السرج على الدابة . لأنه لا ينتفع به غير صاحبهما ، ولا يراد إلا لها . فكان في يده . وهذا السقف ينتفع به كلّ واحد منهما ، لأنه سماء صاحب السُّفل يُطلُّه ، وأرض صاحب العلوّ نُقِلُّه : فاستويا فيه .

٣٤٨٥ (فصل) وإن تنازع صاحبُ العلوّ والسفل في الدرجة التي يصعد منها . فإن لم يكن تحتها مَرَفَقٌ لصاحب السفل ، كسَلَمٍ مُسَمَّرٍ ، أو دَكَّةٍ ، فهي لصاحب العلوّ وحده . لأنّ له اليد ، والتصرف وحده . لأنّها مَصْعَدُ صاحب العلوّ لا غير ، والعَرَصَةُ التي عليها الدرجة له أيضاً . لا انتفاعه بها وحده ، وإن كان تحتها بيتٌ بُنيت لأجله ، لتسكون مدرجاً للعلوّ ، فهي بينهما . لأنّ يديهما عليها . ولأنّها سقف للسفلائيّ ، ومَوْطِيٌّ للفقائيّ . فهي كالسقف الذي بينهما . وإن كان تحتها طاقٌ صغير ، لم تُسَبِّحْ

الدرجة لأجله ، وإنما جُعِلَ مَرَفَقًا يُجْمَلُ فِيهِ جُبُّ الْمَاءِ ، ونحوه . فهي لصاحب العلو ، لأنها بُدِيت لأجله وحده ، ويحتمل أن تسكون بينهما . لأنّ يدهما عليهما ، وانتفاعهما حاصلهما ، فهي كالسقف .

٣٤٨٦ (فصل) ولو تنازعا مَسْنَأَةً^(١) بين نهر أحدهما ، وأرض الآخر . تحالفا . وكانت بينهما . لأنّها حاجز بين ملكيهما ، فهي كالحائط بين المليكين .

٣٤٨٧ (فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فأنهدم ، فطالب أحدهما بإعادته ، وأبى الآخر . فهل يُجبر الممتنع على إعادته ؟ قال القاضي : فيه روايتان :

إحداها : يُجبر . نقلها ابن القاسم ، وحرب . وسندي . قال القاضي : هي أصحّ ، وقال ابن عقيل : وعلى ذلك أصحابنا ، وبه قال مالك في إحدى روايتيه ، والشافعيّ في قديم قولية . واختاره بعض أصحابه ، وصحّحه . لأنّ في ترك بنائه إضراراً ، فيجبر عليه ، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحدهما ، وعلى النقص إذا خيف سقوطه عليهما ، لقول النبيّ صلى الله عليه وسلم « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » وهذا وشريكه يتضرّران في ترك بنائه .

والرواية الثانية : لا يجبر . نقل عن أحمد ما يدلّ على ذلك ، وهو أقوى دليلاً ومذهب أبي حنيفة . لأنّه ملك لا حرمة له في نفسه . فلم يُجبر ماله على الإنفاق عليه ، كما لو انفرد به ، ولأنّه بناء حائط . فلم يُجبر عليه ، كالأبتداء ، ولأنّه لا يخلو : إمّا أن يُجبر على بدائه لحقّ نفسه ، أو لحقّ جاره ، أو لحقّيهما جميعاً ، لا يجوز أن يُجبر عليه لحقّ نفسه . بدليل ما لو انفرد به ، ولا لحقّ غيره ، كما لو انفرد به جاره ، فإذا لم يكن كلّ واحد منهما مُوجباً عليه ، فكذلك إذا اجتمعا ، وفارق القسمة . فإنّها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه ، والبناء فيه مضرّة لما فيه من الغرامة ، وإنفاق ماله ، ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه ضرر ، بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ، ويُفارق هدم الحائط . إذا خيف سقوطه . لأنّه يخاف سقوط حائطه على ما يملّفه ، فيُجبر على ما يُزيل ذلك ، ولهذا يُجبر عليه ، وإن انفرد بالحائط ، بخلاف مسألتنا ، ولا نُسلم أنّ في تركه إضراراً . فإن الضرر إنما حصل بأنهدامه . وإنما ترك البناء ترك لما يحصل النفع به ، وهذا لا يمنع الإنسان منه . بدليل حالة الابتداء . وإن سلمنا أنه إضرار ، لسكن في الإجبار إضرار ، ولا يُزال الضرر بالضرر . وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط ، أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع ، أو يكون مُعسر أليس معه ما يبيّن به ، فيسكن الغرامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية : إذا امتنع أحدهما لم يُجبر . فإن أراد شريكه البناء ، فليس له منعه منه ، لأنّ له حقّاً في الحلّ ورسمًا . فلا يجوز منعه منه وله بقاءه بأنقاضه إن شاء ،

وبناؤه بآلة من عنده . فإن بناه بآلته ، وأتقاضه ، فالحائظ بينهما على الشركة ، كما كان . لأن المنفق عليه إنما أنفق على التالف . وذلك أثر لا عين يملكها . وإن بناه بآلة من عنده ، فالحائظ ملكه خاصة ، وإن منع شريكه من الانتفاع به ، ووضع خشبه ورسومه عليه . لأن الحائظ له . وإذا أراد نقضه فإن كان بناه بآلته لم يملك نقضه . لأنه ملكهما . فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما . وإن بناه بآلة من عنده ، فله نقضه ، لأنه ملكه خاصة . فإن قال شريكه : أنا أدفع إليك نصف قيمة البناء ، ولا تنقضه ، لم يجبر . لأنه لما لم يجبر على البناء ، لم يجبر على الإبقاء ، وإن أراد غير الباني نقضه ، أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك ، على الروایتين جميعاً . لأنه إذا لم يملك منعه من بنائه ، فلأن لا يملك إجباره على نقضه أولى ، فإن كان له على الحائظ رسم انتفاع ، ووضع خشب ؛ قال له : إما أن تأخذ مني نصف قيمته ، وتمسكني من انتفاعي ، ووضع خشبي ، وإما أن تقلع حائطك ، لنعيد البناء بيننا ، فيلزم الآخر إجابته . لأنه لا يملك إبطال رسومه ، وانتفاعه ببنائه ، وإن لم يرد الانتفاع به ، فطالبه الباني بالفرامة ، أو القيمة ، لم يلزمه ذلك . لأنه إذا لم يجبر على البناء . فأولى أن لا يجبر على الفرامة ، إلا أن يكون قد أذن في البناء والإتفاق ، فيلزمه ما أذن فيه . فأما على الرواية الأولى : فتمنع أجبره الحاكم على ذلك ، فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله ، وأنفق عليه ، وإن لم يكن له مال ، فأنفق عليه الشريك بإذن الحاكم ، أو بإذن الشريك ، رجع عليه متى قدر ، وإن أراد بناؤه لم يملك الشريك منعه ، وما أنفق : إن تبرع به لم يكن له الرجوع به ، وإن نوى الرجوع به . فهل له الرجوع بذلك ؟ يحتمل وجهين ، بناءً على ما إذا قضى دونه بغير إذنه ، وإن بناه لنفسه بآلته ، فهو بينهما . وإن بناه بآلة من عنده فهو له خاصة . فإن أراد نقضه فله ذلك ، إلا أن يدفع إليه شريكه نصف قيمته ، فلا يكون له نقضه ، لأنه إذا أجبر على بنائه ، فأولى أن يجبر على إبقائه .

٣٤٨٨ (فصل) فإن لم يكن بين ملكيهما حائط قديم ، فطلب أحدهما من الآخر مباناه حائطاً يحجز بين ملكيهما . فامتنع لم يجبر عليه ، رواية واحدة . وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة . لأنه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ، ولا في المالك المشترك بغير ماله فيه رسم ، وهذا لا رسم له . ولا أعلم في هذا خلافاً .

٣٤٨٩ (فصل) فإن كان السفل لرجل ، والعلو لآخر ، فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر ، فامتنع ، فهل يجبر الممتنع على ذلك ؟ على روايتين ، كالحائظ بين البيتين . ولاشافق قولان كالروایتين . وإن انهدمت حيطان السفل ، فطالبه صاحب العلو بإعادتها ، فعلى روايتين :

إحداها : يُجبر وهو قول مالك ، وأبي ثور ، وأحد قولي الشافعي . فعلى هذه الرواية : يُجبر على البناء وحده . لأنه ملكه خاصة .

والثانية : لا يُجبر . وهو قول أبي حنيفة . وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يُمنع من ذلك ، على الروايتين جميعاً . فإن بناءه بآلته فهو على ما كانت ، وإن بناءه بآلته من عنده ، فقد روى عن أحد : لا ينتفع به صاحب السفلى ، يعني حتى يؤدى القيمة . فيحتمل أن لا يسكن . وهو قول أبي حنيفة . لأن البيت إنما يبنى للسكنى ، فلم يملكه كغيره ، ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الخشب ، وتثمر الوبد ، وفتح الطاق . ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره ، وهذا مذهب الشافعي . لأن الشككنى إنما هي إقامته في فناء الحيطان ، من غير تصرف فيها . فأشبه الاستغلال بها من خارج ، فأما إن طالب صاحب السفلى بالبناء ، وأبي صاحب العلو ، ففيه روايتان :

إحداها : لا يُجبر على بنائه . ولا مساعدته . وهو قول الشافعي . لأن الحائط ملك صاحب السفلى ، يختص به ، فلم يُجبر غيره على بنائه ، ولا المساعدة فيه ، كما لو لم يكن عليه علو .
والثانية : يُجبر على مساعدته ، والبناء معه ، وهو قول أبي الدرداء . لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به ، أشبه الحائط بين الدارين .

٣٤٩٠ (فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما ، فلهدم ، قطاب أحدهما من الآخر بناءه ، أو المساعدة في بنائه ، فامتنع لم يُجبر . لأنه إن كان الممتنع ماله لم يُجبر على بناء ملكه المختص به ، كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يُجبر على بناء ملك غيره ، ولا المساعدة فيه . ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يُجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه ، لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لإبقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه . وطريقه البناء . فلذلك وجب ، بخلاف مسألتنا . وإن أراد صاحب الحائط بناءه ، أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه . لأنه ملكه خاصة . وإن أراد لجاره بناءه ، أو نقضه ، أو التصرف فيه لم يملك ذلك . لأنه لا حق له فيه .

٣٤٩١ (فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك ، أو السقف الذى بينهما نظرت : فإن خيف سقوطه ، ووجب هدمه ، فلا شيء على هدمه . ويكون كمن لو هدم بنفسه . لأنه فعل الواجب ، وأزال الضرر الحاصل بسقوطه . وإن هدمه انبر ذلك فمأه إعادته ، سواء هدمه لحاجة أو غيرها ، وسواء التزم إعادته ، أو لم يلتزم ، لأن الضرر حصل بفعله . فلزمه إعادته .

٣٤٩٢ (فصل) فإن اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين ، وملكه بينهما الثلث والثلثان ، لم يصح . لأنه يصالح على بعض ماله ببعض . فلم يصح ، كما لو أقر بدار ، فصالحه على سكنها ،
(م ٩٤ — المفق — راجد)

ولو اتفقا على أن يُحمّله كل واحد منهما ما شاء. لم يجز، لجهالة الحمل، فإنه يحمله من الأثقال ما لا طاقة له بحمله وإن اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز .

٣٤٩٣ (فصل) فإن كان بينهما نهر ، أو قناة ، أو دولا ب ، أو ناعورة ، أو عين ، فاحتاج إلى عمارة . ففي إجبار الممتنع منهما روايتان . وحكى عن أبي حنيفة : أنه يجبر ههنا على الاتفاق . لأنه لا يتمكن شريكه من مقاسمته ، فيضرب به ، بخلاف الحائط ، فإنه يمكنهما قسمة القرصة . والأولى التسوية ، لأن في قسمة القرصة إضراراً بهما ، والاتفاق أرفق بهما ، فكانا سواء . والحكم في الدولا ب ، والناعورة كالحكم في الحائط ، على ما ذكرناه ، وأما البئر ، والنهر ، فلكل واحد منهما الاتفاق عليه . وإذا أنق عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء . لأن الماء ينبع من ملكيهما ، وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه . وليس له فيه عين مال ، فأشبه الحائط إذا بناه بآلته ، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط ، على ما مضى .

٣٤٩٤ (فصل) إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ ، أحدهما قريب من باب الزقاق ، والآخر في داخله . فللقريب من الباب نقل بابه إلى ما يلي باب الزقاق ، لأن له الاستطراق إلى بابه القديم . فقد نقص من استطراقه ، ومتى أراد ردّ بابه إلى موضعه الأول كان له . لأنه حقه ، لم يسقط . وإن أراد نقل بابه لبقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك . نص عليه أحمد ، لأنه يقدم بابه إلى موضع لا استطراق له فيه . ويحتمل جواز ذلك . لأنه كان له أن يحمل بابه في أول البناء في أي موضع شاء ، فتركه في موضع لا يسقط حقه ، كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ، ولأن له أن يرفع حائطه كله ، فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده ، فأما صاحب الباب الثاني فإن كان في داخل الدرب باب لآخر ، فحكمه في التقدم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء . وإن لم يكن له ثمم باب آخر . كان له تحويل بابه حيث شاء . لأنه على لأول لا منازع له فيما تجاوز الباب الأول . وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك ، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره باباً آخر ، أو يحمل داره دارين يفتح لكل واحد منهما باباً جاز ، إذا وضع البابين في موضع استطراقه ، وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ ، أو زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً إليه جاز . ولأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحدهما عليه .

فإن قيل : في هذا إضرار بأهل الدرب . لأنه يحمله نافذاً يستطرق إليه من الشارع .

قلنا : لا يصح الدرب نافذاً . وإنما تصير داره نافذة . وليس لأحد استطراق داره ، فأما إن كان بابه في الشارع ، وظاهر داره إلى الزقاق الذي لا ينفذ ، فأراد أن يفتح باباً إلى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك . لأنه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين عليه ملك أربابه . ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه

الذى قد تقدم ، وإن أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق ، أو يجعل له باباً بسمه ، أو شبهاً كما جاز . لأنه إما كان له رفع الحائط بجملته ، فبعضه أولى ، قال ابن عقيل : ويحتمل عندي أنه لا يجوز ، لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق ، فيضر بأهل الدرب ، بخلاف رفع الحائط . فإنه لا يدل على شيء .

٣٤٩٥ (فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى ، وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ ، فرفع الحاجز بينهما ، وجعلهما داراً واحدة جاز . وإن فتح من كل واحدة منهما باباً إلى الأخرى ، ليمكّن من التطرق من كل واحدة منهما إلى كلا الدارين لم يجز . ذكره القاضي . لأن ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا يتفد من دار لم يكن لها فيه طريق . ولأن ذلك ربما أدى إلى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الأخرى . ويحتمل جواز ذلك . لأن له رفع الحاجز جميعه ، فبعضه أولى . وهذا أشبه . وما ذكرناه المنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه . وفي كل موضع قلنا : ليس له فعله إذا صالحه أهل الدرب بعوض معلوم ، أو أذنوا له بغير عوض جاز .

٣٤٩٦ (فصل) إذا تنازع صاحب البابين في الدرب ، وتداعياه ، ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه يحكم بالدرب من أوله إلى الباب الذي يلي أوله بينهما . لأن لها الاستطراق فيه جميعاً وما بعده إلى صدر الدرب للآخر . لأن الاستطراق في ذلك له وحده . فله اليد ، والتصرف . والوجه الثاني : أن من أوله إلى أقصى حائط الأول بينهما ، لأن ما يقابل ذلك لها التصرف فيه ، بناء على أن للأول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه ، وما بعد ذلك للثاني . لأنه ليس بقاء للأول ، ولا له فيه استطراق .

والثالث : يكون بينهما ، لأن لهما جميعاً يداً وتصرفاً . وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ، وآخر سفله ، ولصاحب العلو درجة في أثناء تخن الخان ، فاختفا في الصحن ، فما كان من الدرجة إلى باب الخان بينهما ، وما وراء ذلك إلى صدر الخان على الوجهين . أحدهما : لصاحب السفلى . والثاني : هو بينهما ، فإن كانت الدرجة في صدر الصحن ، فالصحن بينهما لوجود اليد ، والتصرف منهما جميعاً . فعلى الوجه الذي يقول : إن صدر الدرب يختص بصاحب الباب الصدراة أن يستبدل بما يختص به منه ، بأن يجعله دهايزاً لنفسه أو يدخله في داره ، على وجه لا يضر بجاره ، ولا يضع على حائطه شيئاً ، لأن ذلك ملك ، يتفرد به .

٣٤٩٧ (فصل) وليس للرجل التصرف في ما-مكة تصرفا يضره بجاره ، نحو أن يبني فيه حماماً بين الثور ، أو يفتح خبازاً بين المطارين : أو يجعله دكان قصاية^(١) يهز الحيطان ، ويخرّبها ، أو يحفر بئراً إلى جانب بئر جاره ، يحتذب ماءها . وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى : لا يمنع . وبه قال الشافعي ، وبعض أصحاب أبي حنيفة . لأنه تصرف في ما-مكة المختص به . ولم يتعلق به حق غيره ، فلم يمنع منه ، كما لو طبخ في داره ، أو خبز فيها ، وسلموا أنه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان ، وينثرها .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » ولأن هذا إضرار بجيرانه ، فمنع منه كالدق الذي يهز الحيطان ، وينثرها ، وكسقي الأرض الذي يتعدى إلى هدم حيطان جاره ، أو إشعل نارا تنعدى إلى إحراقها ، قالوا : ههنا تعدت النار التي أضرمها ، والماء الذي أرسله . فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره ، فأشبهه ما لو أرسله إليها قصداً . قلنا : والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه ، فكان مُرسلاً له في ملك جاره ، فهو كأجزاء النار ، والماء ، وأما دخان الخبز ، والطبخ ، فإن ضرره يسير ، ولا يمكن التحرر منه ، وتدخله المساحة .

٣٤٩٨ (فصل) وإن كان سلع أحدهما أدنى من سلع الآخر . فليس لأصاحب الأعلى الصمود على سلعته على وجه يشرف على سلع جاره ، إلا أن يبني شترة تستره ، وقد الشافعي . لا يلزمه عمل شترة . لأن هذا حازر بين ما-مكهما ، فلا يميز أحدهما عليه ، كالأسفل .

ولنا : أنه إضرار بجاره . فمنع منه ، كدق يهز الحيطان . وذلك لأنه يكشف جاره ، ويطلع على حرّمه . فأشبهه ما لو اطلع عليه من صير^(٢) بابه أو خاصمه ، وقد دل على النع من ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَطَّلَعَ إِلَيْكَ فَنَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ فَقَعَتْ عَيْنُهُ أَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ » ويُفارق الأسفل . فإن تصرفه لا يضر بالأعلى ، ولا يكشف داره .

٣٤٩٩ (فصل) إذا كانت بينهما عرصّة حائط ، فاتفقا على قسمها طولا جاز ذلك ، سواء اتفقا على قسمها طولا ، أو عرضاً ، لأنها ملكهما ، ولا تخرج عنهما ، وإن اختلفا ، فطلب أحدهما قسمها ، وهو أن يجعل له نصف الطول في جميع الأرض ، والآخر مثله . فقل أصحابنا : يُجبر المتنع على القسمة . وهو مذهب الشافعي لأن ذلك لا يضر . فإذا اتفقا التمرع . فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القسمة ، فإن كان مبنياً فلا كلام . وإن كان غير مبنى كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه ، وإن أحب أن يدخل بعض

(١) القصارة : الصباغة ، والقصار يدق اللابس فيهب الحيطان .

(٢) صير الباب : شقه ، والخصاص : الحرق أو الخلل في البناء أو الثقب بين الحجارة .

عَرَصَتِهِ فِي دَارِهِ فَمَلَّ ، وَإِنْ أَحَبَّ أَنْ يَزِيدَ فِي حَائِطِهِ مِنْ عَرَصَتِهِ فَمَلَّ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْبَرَ عَلَى الْقِسْمَةِ ، لِأَنَّهَا تَوْجِبُ اخْتِصَاصَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَعْضِ الْحَائِطِ الْمَقَابِلِ لِمَلِكِ شَرِيكِهِ ، وَزَوَالِ مَلِكِ شَرِيكِهِ ، فَيُضَرَّرُ . لِأَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَى حَائِطٍ يَسْتُرُ مَلِكَهُ ، وَرَبَّمَا اخْتَارَ أَحَدُهُمَا أَنْ لَا يَبْنِيَ حَائِطَهُ ، فَيَبْقَى مَلِكُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَكْشُوفًا ، أَوْ يَبْنِيهِ وَيَمْنَعُ جَارَهُ مِنْ وَضْعِ خَشْبِهِ عَلَيْهِ . وَهَذَا ضَرَرٌ . لَا يَرُدُّ الشَّرْعُ بِالْإِجْبَارِ عَلَيْهِ .

فَإِنْ قِيلَ : فَإِذَا كَانَ مُشْتَرَكًا تَمَكَّنَ أَيْضًا مِنْ مَنَعَ شَرِيكِهِ وَضْعَ خَشْبِهِ عَلَيْهِ .

قَالُوا : إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِ رِسْمٌ وَضْعَ خَشْبِهِ ، أَوْ انْتِفَاعٌ بِهِ ، لَمْ يَمْلِكْ مَنَعُهُ مِنْ رِسْمِهِ ، وَهَذَا يَمْلِكُ مَنَعُهُ بِالْمَلَكِيَّةِ ، وَأَمَّا إِنْ طَلَبَ قِسْمَهَا عَرْضًا ، وَهُوَ أَنْ يَجْعَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ الْعَرْضِ فِي كَمَالِ الطَّوْلِ ، نَظَرْنَا : فَإِنْ كَانَتِ الْعَرَصَةُ لَا تَتَّسِعُ لِلْحَائِطَيْنِ لَمْ يُجْبَرَ الْمَتَمَنِّعُ مِنْ قِسْمِهَا ، وَاخْتَلَفُوا : وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ أَنَّهُ يُجْبَرُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الشَّافِعِيِّ . لِأَنَّهَا عَرَصَةٌ . فَأُجْبِرُ عَلَى قِسْمِهَا ، كَعَرَصَةِ الدَّارِ .

وَلَمَّا : أَنْ فِي قِسْمِهَا ضَرَرًا ، فَلَمْ يُجْبَرَ الْمَتَمَنِّعُ مِنْ قِسْمِهَا عَلَيْهِ ، كَالدَّارِ الصَّغِيرَةِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَتْ تَتَّسِعُ لِلْحَائِطَيْنِ بِحَيْثُ يَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَبْنِي فِيهِ حَائِطًا . فَنُفِي إِجْبَارُ الْمَتَمَنِّعِ وَجْهَانِ .

أَحَدُهُمَا : يُجْبَرُ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي الْقِسْمَةِ ، لِكَوْنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْصُلُ لَهُ مَا يَنْدَفِعُ بِهِ حَاجَتُهُ ، فَأَشْبَهَ عَرَصَةَ الدَّارِ الَّتِي يَحْصُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا يَبْنِي فِيهِ دَارًا .

وَالثَّانِي : لَا يُجْبَرُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . لِأَنَّ هَذِهِ الْقِسْمَةَ لَا تَقَعُ فِيهَا قُرْعَةٌ . لِأَنَّا لَوْ أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا لَمْ نَأْمَنْ أَنْ تَخْرُجَ قُرْعَةٌ كُلٌّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى مَا يَلِي مَلِكَ جَارِهِ ، فَلَا يَنْتَفِعُ بِهِ ، فَلَوْ أُجْبِرْنَا عَلَى الْقِسْمَةِ لِأَجْبِرْنَا عَلَى أَخْذِ مَا بَلَى دَارَهُ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ . وَهَذَا لَا نَظِيرَ لَهُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَٰذَيْنِ ، وَمَتَى اقْتَسَمَا الْعَرَصَةَ طَوْلًا ، فَبَنَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِنَفْسِهِ حَائِطًا ، وَبَقِيَتْ بَيْنَهُمَا فُرْجَةٌ لَمْ يُجْبَرَ أَحَدُهُمَا عَلَى سَدِّهَا ، وَلَمْ يَمْنَعُ مِنْ سَدِّهَا ، لِأَنَّ ذَلِكَ يَجْرِي بِجَرَى بِنَاءِ الْحَائِطِ فِي عَرَصَتِهِ .

٣٥٠٠ (فصل) وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا حَائِطٌ ، فَاتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهِ طَوْلًا جَازًا ، وَبُعِلَ بَيْنَ نَصِيبَيْهِمَا بَعْلَامَةٌ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى قِسْمَتِهِ عَرْضًا ، فَقَالَ أَحَدُهُمَا : تَجُوزُ الْقِسْمَةُ . لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهَا . فَأَشْبَهَ الْعَرَصَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَجُوزَ الْقِسْمَةُ ، لِأَنَّهَا لَا تَكُونُ إِلَّا بِتَمْيِيزِ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا مِنَ الْآخَرِ بِحَيْثُ يُمَكِّنُهُ الِانْتِفَاعُ بِنَصِيبِهِ دُونَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ . وَهَذَا لَا يَتَمَيَّزُ . وَلَا يُمْكِنُ انْتِفَاعُ أَحَدِهِمَا بِنَصِيبِهِ مُنْفَرِدًا . لِأَنَّهُ إِنْ وَضَعَ خَشْبَهُ عَلَى أَحَدِ جَانِبَيْ الْحَائِطِ كَانَ ثَقُلَهُ عَلَى الْحَائِطِ كَثْلَهُ . وَإِنْ فَتَحَ فِيهِ طَائِقًا يَضَعُفُهُ ضَمَفَ كَثْلَهُ . وَإِنْ وَقَعَ بِمَضَاهُ تَضَرَّرَ النِّصِيبُ الْآخَرُ ، وَإِنْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا قِسْمَهُ ، وَأَبَى الْآخَرُ . فَذَكَرَ الْقَاضِي : أَنَّ الْحَكْمَ فِي الْحَائِطِ

كالحكم في عَرَضَتِهِ ، سواء ، ولا يُجبر على قسم الحائض ، إلا أن يطلب أحدها قَسَمَهُ طويلاً . ويحتمل أن لا يُجبر على قسمه أيضاً ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأيهما إن قطعهما بينهما ، فقد أنفقا جزءاً من الحائض . ولا يُجبر الممتنع من ذلك ، كما لو كان بينهما ثوبٌ ، فطلب أحدهما قطعه . وإن لم يقطع ، وعلماً علامةً على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر .

ووجه الأول : أنه يُجبر على قَسَمِ الدار ، وقَسَمِ حائطها المحيط بها ، وكذلك قَسَمِ البستان ، وحائطها ، ولا يُجبر على القطع المضر ، بل يعلمه بخط بين نصيبهما ، ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وإن اتصل به ، بدليل الحائض المتصل في دارين . والله أعلم

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة ، والإجماع . أما السنة ، فما رَوَى أبو هريرة ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « مَا طُلُ النِّبْيِ ظَلَمٌ . وَإِذَا اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مِثْلِي فَنَيْتَبِعْ » متفق عليه . وفي لفظ « مَنْ أَحْيَلَ بِحَقِّهِ عَلَى مِثْلِي فَنَيْتَبِعْ » وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة . واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة . وقد قيل : إنها بيع ، فإن الحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة الحال عليه . وجاء تأخير القبض رخصةً ، لأنه موضوع على الرفق ، فيدخلها خيار المجلس ، لذلك ، والصحيح : أنها عقد إرفاق ، منفرد بنفسه ، ليس بمحمولٍ على غيره . لأنها لو كانت بيعاً لما جازت ، لسكونها بيع دين بدين ، ولما جاز التفرق قبل القبض لأنه بيع مالٍ الربا بنفسه ، ولما جازت بلفظ البيع ، ولما جازت بين جنسين ، كالبيع كله . ولأن لفظها يُشعر بالتحويل لا بالبيع . فعلى هذا لا يدخلها خيار ، وتلزم بمجرد العقد . وهذا أشبه بكلام أحمد ، وأصوله ، ولا بد فيها من حيلٍ ومُحْتَالٍ ومُحَالٍ عليه . ويُشْتَرَطُ في صحتها : رضى الحيل بلا خلاف . فإن الحق عليه ، ولا يتمين عليه جهة قضائه . وأما المُحْتَالُ ، والمُحَالُ عليه فلا يُعْتَبَرُ رضاها ، على ما سجد ذكره إن شاء الله تعالى .

٣٥٠١ «مسألة» قال «ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق، فرضى، فقد برىء الحيل أبداً»

ومن شرط صحة الحوالة شروط أربعة :

أحدها : تماثل الحقيقتين . لأنها تحويل للحق ، ونقل له فينقل على صفته ، ويعتبر تماثلهما في أمور ثلاثة : أحدها : الجنس : فيحيل من عليه ذهبٌ بذهب ، ومن عليه فضةٌ بفضة : ولو أحوال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح .

الثاني : الصفة . فلو أحوال من عليه صحاحٌ بمكسرة ، أو من عليه معربةٌ بأمية لم يصح .

الثالث : الحاول والتأجيل ويعتبر إنفاق أجل المؤجلين . فإن كان أحدهما حالاً ، والآخر مؤجلاً ، أو أجل أحدهما إلى شهر ، والآخر إلى شهرين ، لم تصح الحوالة . ولو كان الحقان حالين ، فشرط على المحتال أن يقبض حقه ، أو بعضه بعد شهر ، لم تصح الحوالة . لأن الحال لا يتأجل ، ولأنه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الأمر لم تصح الحوالة . فكذلك إذا شرطه ، وإذا اجتمعت هذه الأمور ، وصحت الحوالة ، وتراضياً بأن يدفع الحال عليه خيراً من حقه ، أو رضى المحتال بدون الصفة ، أو رضى من عليه المؤجل بمعجيله ، أو رضى من له الحال بإظهاره جاز . لأن ذلك يجوز في القرض ، ففي الحوالة أولى ، وإن مات المحيل ، أو الحال ، فالأجل بحاله ، وإن مات الحال عليه في حلول الحق روايتان ، مضى ذكرهما .

الشرط الثاني : أن تكون على دين مستقر ، ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر ، إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ، ولا عليه ، لأن دين السلم ليس بمستقر ، لسكونه بعرض الفسخ ، لانقطاع السلم فيه ، ولا تصح الحوالة به ، لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذه العوض عنه ، والسلم لا يجوز أخذه العوض عنه . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « مَنْ أَسْلَمَ فِي شَيْءٍ فَلَا يَصْرِفُهُ إِلَى غَيْرِهِ » ولا تصح الحوالة على المسكاتب بمال الكتابة . لأنه غير مستقر ، فإن له أن يمتنع من أدائه ، ويسقط بمجزئه ، وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة ، لأن حكمه حكم الأحرار في المداينات ، وإن أحال المسكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح ، وبرئت ذمة المسكاتب بالحوالة . ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وإن أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح . لأنه غير مستقر . وإن أحالها الزوج به صح . لأنه له تسليمه إليها ، وحواله به تقوم مقام تسليمه . وإن أحالت به بعد الدخول صح ، لأنه مستقر . وإن أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا . وإن أحاله المشتري به صح . لأنه بمنزلة الوفاء ، وله الوفاء قبل الاستقرار ، وإن أحال البائع بالثمن على المشتري ، ثم ظهر على عيب ، لم يثبت أن الحوالة كانت باطلة ، لأن الثمن كان ثابتاً مستقراً ، والبيع كان لازماً ، وإنما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة إلى المشتري ، وباحتتمل أن تبطل الحوالة ، لأن سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجوداً وقت الحوالة . وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ، ثم سقط الدين ، كالزوجة يفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، أو المشتري يفسخ البيع ، ويرد المبيع . فإن كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان :

أحدهما : تبطل الحوالة ، لعدم الفائدة في بقائها ، ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه .

والثاني : لا تبطل ، لأن الحق انتقل عن المحيل ، فلم يعد إليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه . ولأن الحوالة بمنزلة القبض ، فكان المحيل أقبض المحتال دينه ، فيرجع عليه به ، ويأخذ المحتال من المحال عليه ،

وسواء تمذّر القبض من الحال عليه ، أو لم يتمذّر . وإن كان بعد القبض لم يبطل وجهه واحداً . ويرجع المحيل على الحال به .

٣٥٠٢ (فصل) وإن أحوال من لا دين له عليه رجلاً على آخر ، له عليه دين ، فليس ذلك بحوالة . بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها . لأنّ الحوالة مأخوذة من تحوّل الحق ، وانتقاله . ولا حقّ ههنا بقتل ، ويتحوّل ، وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة ، لاشتراكهما في المعنى . وهو استحقاق الوكيل مطابقةً من عليه الدين ، كاستحقاق المحتال . مطابقة الحال عليه ، وتحوّل ذلك إلى الوكيل ، كتحوّله إلى المحيل . وإن أحوال من عليه دين على من لا دين عليه ، فليست حوالة أيضاً . نصّ عليه أحمد . فلا يلزم المحالّ عليه الأداء . ولا المحتال قبول ذلك ، لأنّ الحوالة معاوضة . ولا معاوضة ههنا . وإنما هو اقتراض ، فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل ، لأنّه قرض . وإن أبرأه ، ولم يقبض منه شيئاً ، لم تصحّ البراءة ، لأنها براءة لمن لا دين عليه ، وإن قبض منه الدين ، ثم وهبه إياه رجع المحالّ عليه على المحيل به ، لأنّه قد غرم عنه . وإنما عاد إليه المال بمقدّر مستأنف . ويحتمل أن لا يرجع عليه ، لكونه ما غرم عنه شيئاً . وإن أحوال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض . وليست حوالة . لأنّ الحوالة إنما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحد منهما .

٣٥٠٣ (فصل) الشرط الثالث : أن تكون بمال معلوم ، لأنّها إن كانت بيميناً فلا تصحّ في مجهول . وإن كانت تحوّل الحقّ فيمعتبر فيها التسليم ، والجهالة تمنع منه ، فتصحّ بكلّ ما يثبت مثله في الدّية ، بالإتلاف ، من الأثمان ، والحبوب ، والأذهان ، ولا تصحّ فيما لا يصحّ السّلم فيه . لأنّه لا يثبت في الدّية . ومن شرط الحوالة تساوى الدينين . فأما ما يثبت في الدّية سَلَمًا غير المثلّيات ، كالمدروع ، والممدود ، ففي صحة الحوالة به وجهان :

أحدهما : لا تصحّ . لأنّ المثل فيه لا يتحرر . ولهذا لا يضمّنه بمثله في الإتلاف ، وهذا ظاهر مذهب الشافعيّ .

والثاني : تصحّ ، ذكره القاضي . ولأنّه ، حق ثابت في الدّية . فأشبهه ماله مثل ، ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الأموال . فإن كان عليه إبل من الدية ، وله على آخر مثلهما في السن . فقال القاضي : تصحّ . لأنها تختصّ بأقل ما يقع عليه الاسم في السن ، والقيمة ، وسائر الصّفات . وقال أبو الخطاب : لا تصحّ في أحد الوجهين ، لأنها مجعولة ، ولأنّ الإبل ليست من المثلّيات التي تُضمّن بمثلها في الإتلاف . ولا تثبت في الدّية سَلَمًا في رواية ، وإن كان عليه إبل من دية ، وله على آخر مثلهما قرضاً ، فأحاله عليه ، فإن قلنا : يردّ في القرض قيمتها لم تصحّ الحوالة ، لاختلاف الجنس . وإن

قلنا : برّد مثلها اقتضى قول القاضى : صحة الحوالة . لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ، ولأن الخبرة فى التسليم إلى من عليه الدين ، وقد رضى بتسليم ماله فى ذمة المقرض . وإن كانت بالعكس ، فاحتمال المقرض بإبل الدية لم تصح . لأننا إن قلنا : تجب القيمة فى القرض ، فقد اختلف الجنس ، وإن قلنا : يجب المثل فللمقرض مثل ما أقرض فى صفاته ، وقيمه ، والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك .

٣٥٠٤ (فصل) الشرط الرابع : أن يحيل برضائه . لأن الحق عليه ، فلا يلزمه أدائه من جهة الدين الذى على المحال عايه ، ولا خلاف فى هذا .

فإذا اجتمعت شروط الحوالة ، وصحّت ، برئت ذمة المحيل فى قول عامة الفقهاء ، إلا ما يروى عن الحسن ، أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه ، وعن زفر : أنه قال : لا تنقل الحق ، وأجراها مجرى الضمان ، وليس بصحيح ، لأن الحوالة مشقة من تحويل الحق ، بخلاف الضمان . فإنه مشتق من ضمّ ذمة ، إلى ذمة ، فعلى كل واحد مقضاه ، وما دل عليه لفظه .

إذا ثبت أن الحق انتقل ، فمضى رضى بها المحال ، ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً ، سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس ، أو موت أو غير ذلك . وهذا ظاهر كلام الخرقي . وبه قال الليث ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وابن المنذر . وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلساً ، ولم يعلم المحال بذلك فله الرجوع ، إلا أن يرضى بعد العلم . وبه قال جماعة من أصحابنا ، ونحوه قول مالك . لأن الفلاس عيب فى المحال عليه . فكان له الرجوع ، كما لو اشترى سلعة ، فوجدها معيبة . ولأن المحيل غرّه . فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع . وقال شريح ، والشعبي ، والنخعي : متى أفلس ، أو مات ، رجع على صاحبه ، وقال أبو حنيفة : يرجع عليه فى حالين إذا مات المحال عليه مفلساً . وإذا جرده ، وحلف عليه عند الحاكم ، وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع عليه فى هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلس . لأنه روى عن عثمان أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً ؟ فقال : يرجع بحقه . لا توى^(١) على مال امرئ مسلم . ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاضدين ، فكان له الفسخ ، كما لو اعتاض بثوب ، فلم يسلم إليه .

ولنا : أن حزننا جسد سعيد بن المسيب كان له على على رضى الله عنه دين فأحاله ، فمات المحال عليه . فأخبره ، فقال : اخترت علينا أبعدك الله . فأبعده بمجرد احتماله ، ولم يُخبره أن له الرجوع . ولأنها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ، ولا ممن يدفع عنه ، فلم يكن فيها رجوع ، كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصح ، يرويه خالد بن جعفر ، عن معاوية بن قرة ، عن عثمان ، ولم يصح سماعه

(١) التوى : بفتح التاء والواو الهلاك ، أى لا هلاك ولا ضياع على مال مسلم .

منه . وقد روى أنه قال « فِي حَوَالَةِ أَوْ كِفَالَةٍ » وهذا يوجب التوقف ، ولا يصح ولو صحَّ كان قولُ
على مخالفاً له . وقولهم : إنَّه مُعَاوَضَةٌ ، لا يصح : لأنَّه يُفَضَّى إِلَى بَيْعِ الدِّينِ بِالدِّينِ ، وهو منهي عنه
ويفارق المعاوضة بالثوب . لأنَّ في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه . وهذا الحوالة بمنزلة القبض ،
وإلاَّ كان بيع دين بدين .

٣٥٠٥ (فصل) فإن شرط مَلَاةَ الْحَالِ عليه ، فبان مُعْسِراً رجع على الحيل ، وبه قال بعض الشافعية
وقال بعضهم : لا يرجع ، لأنَّ الحوالة لا تردُّ بالإعسار ، إذا لم يشترط المَلَاةَ ، فلا تردُّ به . وإن شرط
كان كما لو شرط كونه مُسَلِّماً ، ويفارق البيع . فإنَّ الفسخ يثبت بالإعسار فيه من غير شرط ،
بخلاف الحوالة .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ » ولأنَّه شرط ما فيه مصلحة العقد في
عقد معاوضة . فيثبت الفسخ بفوائده ، كما لو شرط صفة في المبيع . وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت بإطلاق
العقد . بدليل اشتراط صفة في المبيع .

٣٥٠٦ (فصل) ولو لم يرفض المحتال بالحوالة ، ثم بان الحال عليه مُفلساً ، أو ممتنعاً رجع على الحيل ،
بلا خلاف . فإنه لا يلزمه الاحتياط على غير ملىء ، لما عليه فيه من الضرر . وإنما أمر النبي صلى الله عليه
وسلم بقبول الحوالة إذا أُحِيلَ على ملىء ، ولو أحاله على ملىء فلم يقبل حتى أعسر . فله الرجوع أيضاً ، على
ظاهر قول الخزقي ، لكونه اشترط في براءة الحيل إبداء رضى المحتال .

٣٥٠٧ « مسأله » قال ﴿ ومن أُحِيلَ بحقه على ملىء ، فواجب عليه أن يحتال ﴾

الملىء : هو القادر على الوفاء ، جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم ، أنه قال (إِنْ اللَّهَ تَدَالَى
يقول : مَنْ يُفْرِضُ الْمَلِيءَ غَيْرَ الْمُعْدِمِ » وقال الشاعر :

نُطِيلِينَ لِيْأَنِي ^(١) ، وَأَنْتِ مَلِيَّةٌ وَأُخْسِنُ يَا ذَاتَ الْوِشَاحِ الْقَضِيَّ

يعنى قادرة على وفائي . والظاهر : أن الخزقي أراد بالملىء همنا القادر على الوفاء ، غير الجاحد ،
ولا المماطل ، قال أحد في تفسير الملىء ، كأنَّ الملىء عنده : أن يكون مليئاً بماله ، وقوله ، وبدنه ، وبحو
هذا فإذا أُحِيلَ على مَنْ هذه صفة لزم المحتال ، والحال عليه القبول ، ولم يعتبر رضاها . وقال أبو حنيفة :
يُعتبر رضاها . لأنَّها مُعَاوَضَةٌ . فيعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك ، والشافعي : يُعتبر رضى المحتال
لأنَّ حَتْمَهُ فِي ذِمَّةِ الْمُحِيلِ ، فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضا ، كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين

(١) الليان : يكسر اللام وفتحها وتشديد الياء ، الماطلة في دفع الدين ، ويقال فيه أيضاً لى ، بفتح اللام وتشديد
الياء ، والمليئة : الغنية . ومعنى أحسن التقاضيا ، أطلب يرفق ولين .

عَرَضاً. فَأَمَّا الْحَالُ عَلَيْهِ فَقَالَ مَالِكٌ : لَا يُعْتَبَرُ رِضَاهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحِتَالُ عَدْوَهُ ، وَلِلشَافِعِيِّ فِي اعْتِبَارِ رِضَائِهِ قَوْلَانِ . أَحَدُهُمَا : يُعْتَبَرُ ، وَهُوَ يُحْكِي عَنِ الزَّهْرِيِّ لِأَنَّهُ أَحَدٌ مِنْ تَمِّمْ بِهِ الْحَوَالَةُ ، فَأَشْبَهَ الْمُحِيلَ . وَالثَّانِي : لَا يُعْتَبَرُ . لِأَنَّهُ أَهَامَهُ فِي الْقَبْضِ مَقَامَ نَفْسِهِ . فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى رِضَى مَنْ عَلَيْهِ الْحَقُّ كَالْتَوْكِيلِ .

وَأَمَّا : قَوْلُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « إِذَا أَنْشَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَمْنَعْ » وَلِأَنَّ الْمُحِيلَ أَنْ يَوْفِيَ الْحَقَّ الَّذِي عَلَيْهِ بِنَفْسِهِ ، وَبِوَكِيلِهِ ، وَقَدْ أَقَامَ الْحَالُ عَلَيْهِ مَقَامَ نَفْسِهِ فِي التَّقْبِيضِ ، فَلَزِمَ الْحَالُ الْقَبُولُ ، كَمَا لَوْ وَكَّلَ رَجُلًا فِي إِيقَانِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَرَادَ أَنْ يُعْطِيَهُ عَمَّا فِي ذِمَّتِهِ عَرَضاً . لِأَنَّهُ يُعْطِيهِ غَيْرَ مَا وَجِبَ لَهُ ، فَلَمْ يَلِزْهُ قَبُولُهُ .

٣٥٠٨ (فصل) إِذَا أَحَالَ رَجُلًا عَلَى زَيْدٍ بِأَلْفٍ ، فَأَحَالَ زَيْدٌ بِهَا عَلَى عَمْرٍو ، فَالْحَوَالَةُ صَحِيحَةٌ ، لِأَنَّ حَقَّ الثَّانِي نَابِتٌ ، مُسْتَقَرٌّ فِي الذِّمَّةِ ، فَصَحَّ أَنْ يُحِيلَ بِهِ ، كَالأَوَّلِ . وَهَكَذَا لَوْ أَحَالَ الرَّجُلُ عَمْرًا عَلَى زَيْدٍ بِمَا يَثْبُتُ لَهُ فِي ذِمَّتِهِ ، صَحَّ أَيْضًا ، لَمَّا ذَكَرْنَا وَتَكَرَّرَ الْحِتَالُ ، وَالْحِيلُ لَا يَضُرُّ .

٣٥٠٩ (فصل) إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا فَأَحَالَ لِلْمُشْتَرِيِّ الْبَائِعَ بِالْثَمَنِ ، ثُمَّ ظَهَرَ الْعَبْدُ حُرًّا ، أَوْ مُسْتَحَقًّا ، فَانْبِيعٌ بَاطِلٌ ، وَالْحَوَالَةُ بَاطِلَةٌ . لِأَنَّنَا تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَا ثَمَنٌ عَلَى الْمُشْتَرِيِّ . وَإِنَّمَا تَثْبُتُ حُرِّيَّتُهُ ، بَيِّنَةٌ ، أَوْ ائْتِاقُهُمْ ، فَإِنْ اتَّفَقَ الْحِيلُ ، وَالْحَالُ عَلَيْهِ عَلَى حُرِّيَّتِهِ ، وَكَذَّبَهُمَا الْحِتَالُ ، وَلَا بَيِّنَةٌ بِذَلِكَ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا عَلَيْهِ . لِأَنَّهُمَا يُبْطَلَانِ حَقًّا . أَشْبَهَ مَا لَوْ بَاعَ الْمُشْتَرِيُّ الْعَبْدَ ، ثُمَّ اعْتَرَفَ هُوَ وَبَائِعُهُ : أَنَّهُ كَانَ حُرًّا لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا عَلَى الْمُشْتَرِيِّ الثَّانِي ، وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَةً لَمْ تَسْمَعْ ، لِأَنَّهُمَا كَذَّبَا بِادْخُولِهَا فِي التَّبَايُعِ ، وَإِنْ أَقَامَ الْعَبْدُ بَيِّنَةً بِحُرِّيَّتِهِ قُبِلَتْ ، وَبَطَلَتِ الْحَوَالَةُ ، وَإِنْ صَدَّقَهُمَا الْحِتَالُ ، وَادَّعَى أَنْ الْحَوَالَةَ بَغِيرَ ثَمَنِ الْعَبْدِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ، لِأَنَّ الْأَصْلَ صِحَّةُ الْحَوَالَةِ ، وَهِيَ يَدْعِيَانِ بَطْلَانَهَا ، فَسَكَتَ جَنَابَتُهُ أَقْوَى . فَإِنْ أَقَامَا الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ الْحَوَالَةَ كَانَتْ بِالْثَمَنِ قُبِلَتْ . لِأَنَّهُمَا لَمْ يَكْذَّبَا ، وَإِنْ اتَّفَقَ الْحِيلُ ، وَالْحِتَالُ ، عَلَى حُرِّيَّةِ الْعَبْدِ ، وَكَذَّبَهُمَا الْحَالُ عَلَيْهِ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا عَلَيْهِ ، فِي حُرِّيَّةِ الْعَبْدِ . لِأَنَّهُ إِفْرَارٌ عَلَى غَيْرِهَا ، وَتَبْطُلُ الْحَوَالَةُ لِاتِّفَاقِ الْمَرْجُوعِ عَلَيْهِ بِالذِّمَنِ . وَالرَّاجِعُ بِهِ عَلَى اسْتِحْقَاقِ الرَّجُوعِ ، وَالْحَالُ عَلَيْهِ يَعْتَرِفُ لِلْمَحْتَالِ بِدَيْنٍ لَا يَصْدُقُهُ فِيهِ . فَلَا يَأْخُذُ مِنْهُ شَيْئًا ، وَإِنْ اعْتَرَفَ الْحِتَالُ ، وَالْحَالُ عَلَيْهِ بِحُرِّيَّةِ الْعَبْدِ عَتَقَ . لِإِفْرَارِ مَنْ هُوَ فِي يَدِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَبَطَلَتِ الْحَوَالَةُ بِالنِّسْبَةِ لِمِلْكِهِمَا ، وَلَمْ يَكُنِ لِلْمَحْتَالِ الرَّجُوعُ عَلَى الْحِيلِ . لِأَنَّ دَخُولَهُ مَعَهُ فِي الْحَوَالَةِ اعْتِرَافٌ بِإِبْرَائِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَيْهِ .

٣٥١٠ (فصل) وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا ، فَأَحَالَ لِلْمُشْتَرِيِّ الْبَائِعَ بِالْثَمَنِ عَلَى آخِرٍ ، فَقَبْضُهُ مِنَ الْحَالِ عَلَيْهِ ، ثُمَّ رَدَّ الْمُشْتَرِيُّ الْعَبْدَ بِعَيْبٍ ، أَوْ مُقَايَلَةٍ ، أَوْ اخْتِلَافٍ فِي ثَمَنِ ، فَقَدْ بَرِيَ الْحَالُ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ قَبِضَ مِنْهُ بِإِذْنِهِ . وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِيُّ عَلَى الْبَائِعِ ، وَإِنْ رَدَّهَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَقَالَ الْقَاضِي . تَبْطُلُ الْحَوَالَةُ ، وَيَمُودُ الْمُشْتَرِيُّ إِلَى ذِمَّةِ

الحال عليه ، ويرى البائع ، فلا يبقى له دين ، ولا عليه ، لأنّ الحوالة بالثمن ، وقد سقط بالفسخ ، فيجب أن تبطل الحوالة ، لذهاب حقه من المال المحل به ، وقال أبو الخطاب : لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين ، لأنّ المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة الحل عليه . ونقل حقه إليه نقلاً صحيحاً ، وبرىء من الثمن ، وبرىء الحال عليه من دين المشتري . فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الأول ، كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه إليه . ثم فسخ العقد ، لم يرجع بالثوب ، كذا ههنا ، فإن قلنا ببطلان الحوالة رجع الحيل على الحال بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة ، وإن قلنا : لا تبطل ، رجع المشتري على البائع بالثمن ، وبأخذه البائع من الحال عليه ، فإن عاد البائع ، فأحال المشتري (صح^(١)) بالثمن على من أحاله المشتري ، صح ، وبرىء البائع ، وعاد المشتري إلى غرضه ، وإن كانت المسألة بحالها ، لكن أحل البائع أجنبياً على المشتري ، ثم ردّ العبد المبيع ، ففي الحوالة وجهان :

أحدهما : لا تبطل . لأنّ ذمة المشتري ؛ برئت بالحوالة من حقّ البائع ، وصار الحقّ عليه للأجنبيّ المحتال ، فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل ، فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ، ويسلم إلى المحتال ما أحاله به .

والثاني : تبطل الحوالة إن كان الردّ قبل القبض ، لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به . ولأنّه لا فائدة في بقاء الحوالة ههنا ، فيعود البائع بدينه ، ويرى المشتري منهما ، كالمسألة قبلها ، وإذا قلنا : لا تبطل ، فأحال المشتري الحلّ عليه بالثمن على البائع صح ، وبرىء المشتري منهما .

٣٥١١ (فصل) إذا كان لرجل على آخر دين ، فأذن لآخر في قبضه ، ثم اختلف هو والمأذون له ، فقال : وكلّتك في قبض ديني ، بلفظ التوكيل . فقال : بل أحلّنتي بلفظ الحوالة ، أو كانت بالعكس ، فقال : أحلّمتك بدينك ، قال : بل وكلّنتي ، فالقول قول مدّعي الوكالة منهما ، مع يمينه . لأنّه يدّعي بقاء الحقّ على ما كان ، ويُنكر انتقاله ، والأصل معه . فإن كان لأحدهما بئنة حكم بها . لأنّ اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة البئنة عليه ، وإن اختلفا على أنه قال : أحلّمتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا . فقال الحيل : إنما وكلّمتك في القبض لي ، وقال الآخر : بل أحلّنتي بدينك ، فالقول قول مدّعي الحوالة في أحد الوجهين ، لأنّ الظاهر معه ، فإنّ اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره ، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما .

(١) هكذا بالأصل . وهي زيادة لا فائدة لها .

والثاني : القول قول المحيل ، لأن الأصل بقاء حقّ الحبل على المحال عليه ، والمحتال يدعى نقله ، والمحيل ينسكركه ، والقول قول المنسكرك .

فعلى الوجه الأول : يخلف المحتال ، ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ، ويستحق مطالبته ، ويسقط عن المحيل ، وعلى الوجه الثاني : يخلف المحيل ، ويبقى حقه في ذمة المحال عليه . وعلى كلا الوجهين : إن كان المحتال قد قبض الحق من المحال عليه ، وتلف في يده ، فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه ، ولا ضمان عليه ، سواء تلف بتفريطه ، أو غيره . لأنه إن تلف بتفريط ، وكان المحتال مُحِقاً ، فقد أنلف ماله ، وإن كان مُبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له ، فيتقاضان : ويسة طان ، وإن تلف بغير تفريط فالحال قد قبض حقه ، وتلف في يده ، وبرى منه المحيل بالحوالة ، والمحال عليه يتسلمه ، والمحيل يقول : قد تلف المال في يد وكيلي ، بغير تفريط فلا ضمان عليه ، وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه . لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ماله في يده ، وهو مستحق لقبضه . فلا فائدة في أن يقبضه منه ، ثم يسلمه إليه ، ويحتمل أن يملك أخذه منه . ويملك المحتال مطالبته بدينه ، وقيل : يملك الحبل أخذه منه ، ولا يملك المحتال المطالبة بدينه ، لا تراه براءة الحبل منه بالحوالة ، وإسراج . لأن الحبل إن انترف بذلك فهو يدعى أنه قبض هذا المال منه بغير حق ، وأنه يستحق المطالبة به . فلي كلا الحالين : هو مستحق المطالبة بتل هذا المال القبرض منه . في قولهما جميعاً . لا وجه لإسقاطه ، ولا رضى لا يثبت في هذه الدالة ، لأنهما لا يمتثلان في انظر يسمع ، ولا فلي يرى . وإنما يدعى الحبل بينة ، وهذا لا تشهد به البينة نفيًا ، ولا إثباتًا .

٣٥١٢ (فصل) وإن كانت المسألة بالعكس . فقال : أحلتك بدينك ، فقال : بل وكلفتني ، فقيها الوجهان أيضاً . لما قد مناه ، فإن قلنا : القول قول المحيل ، لخلف برى من حق المحتال ، والمحتال قبض المال من المحال عليه لنفسه ، لأنه يجوز له ذلك بقولها معاً ، فإذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا : القول قول المحتال ، لخلف ، كان له مطالبة المحيل بحقه ، ومطالبة المحتال عليه ، لأنه إما وكيل ، وإما محتال . فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل ، فله أخذ ما قبض لنفسه ، لأن المحيل يقول : هو لك ، والمحتال يقول : هو أمانة في يدي ، ولي مثله على صاحبه ، وقد أذن له في أخذه ضمناً . فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه . ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وإن استوفى من المحيل رجع على المحال عليه في أحد الوجهين . لأنه قد ثبتت الوكالة بين المحتال ، وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل . والثاني : لا يرجع عليه ، لأنه ينترف أنه قد برى من حقه ، وإنما المحتال ظلمه . بأخذ ما كان عليه ، قال القاضي : والأول أصح . وإن كان قد قبض الحوالة ، فتلفت في يده بتفريطه ، أو أنه سرقه . على الوجهين . لأنه إن كان مُحِقاً فقد أنلف حقه . وإن كان مُبطلاً فقد

أتلف مثل دينه ، فيثبت في ذمته ، ويتقاصان ، وإن تلقت بغير تفریطه ، فعلى الوجه الأول : يسقط حقه أيضاً . لأن ماله تلف تحت يده . وعلى الثانى : له أن يرجع على الحيل بحقه . وليس للمحيل الرجوع على المحال عليه . لأنه يعترف ببراءته .

٣٥٦٣ (فصل) وإن اتفقا على أن الحيل قال : أحلتك بدينك ، ثم اختلفا ، فقال أحدهما : هي حوالة بلفظها . وقال الآخر : بل هي وكالة بلفظ الحوالة . فالقول قول مدعى الحوالة ، وجهاً واحداً . لأن الحوالة بدينه لا تحتمل الوكالة ، فلم يقبل قول مدعىها ، وسواء اعترف المحيل بدين المحال ، أو قال : لا دين لك على : لأن قوله : أحلتك بدينك اعتراف بدينه ، فلا يقبل جحد له بعد ذلك . فأما إن لم يقل بدينك ، بل قال : أحلتك ، ثم قال : ليس لك على دين ، وإنما عنيت التوكيل بلفظ الحوالة ، أو قال : أردت أن أقول : وكنتك ، فسبق لسانى ، فقلت : أحلتك ، وادعى المحال أنها حوالة بدينه ، وأن دينه كان ثابتاً على المحيل ، فهل ذلك اعتراف بالدين أولاً ؟ فيه وجهان ، سبق توجيههما .

٣٥١٤ (فصل) وإذا كان لرجل دين على رجل آخر ، فطالبه به ، فقال : قد أحلت به على فلاناً الغائب ، وأنكر صاحب الدين . فالقول قوله مع يمينه . وإن كان لمن عليه الدين بيينة بدعواه ، سمعت بيئته ، لإسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحالنى عليك ، فأنكر المدعى . عليه فالقول قوله . فإن أقام المدعى بيينة ، ثبتت في حقه ، وحق الغائب . لأن البيينة يقضى بها على الغائب ، ولزم الدفع إلى المحال . وإن لم يكن له بيينة ، فأنكر المدعى عليه ، فهل يلزمه البين ؟ فيه وجهان ، بناء على ما لو اعترف له ، هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين :

أحدهما : يلزمه بالدفع إليه . لأنه مقرر بدينه عليه ، ووجوب دفعه إليه . فلزمه الدفع إليه ، كما لو كانت بيينة .

والثانى : لا يلزمه الدفع إليه . لأنه لا يأمن من إنكار المحيل ، ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه ، كما لو ادعى عليه أنى وكيل فلان فى قبض دينه منك . فصدقه ، وقال : لا أدفعه إليك . فإذا قلنا : يلزمه الدفع مع الإفراز ، لزمه اليمين مع الإنكار . فإذا حلف برى ، ولم يكن المحتمل الرجوع على المحيل ، لاعترافه ببراءته . وكذلك إن قلنا : لا تلزمه اليمين . فليس المحتمل الرجوع على المحيل ، ثم ينظر فى المحيل ، فإن صدق المدعى فى أنه أحاله ثبتت الحوالة له ، لأن رضى المحال عليه لا يعتبر ، وإن أنكر الحوالة حلف ، وسقط حكم الحوالة ، وإن نسكّل المحال عليه عن اليمين ، ففضى عليه بالنسكول ، واستوفى الحق منه ، ثم إن المحيل صدق المدعى ، فلا كلام . وإن أنكر الحوالة . فالقول قوله . وله أن يستوفى من المحال عليه لأنه معترف له الحق ، ويدعى أن المحتمل ظلمه ، ويبقى دين المحتمل على المحيل ، وإن كان

الحيل ينكر أن له عليه ديناً ، فانقول قوله بغير يمين ، لأن المحتال يقر ببراءته منه ، لاستيفائه من المحال عليه وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لأنه يقر بأنه قد برئ منه بالحوالة ، والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه ، واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم أن المحيل قد أخذ منه أيضاً بغير حق ، وأنه يجب عليه أن يرد ما أخذه منه إليه فينبغي إن يقبضها المحتال ، ويسلمها إلى المحال عليه ، أو يأذن للمحيل في دفعها إلى المحال عليه ، وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع إليه ، فأنكر المحيل الحوالة ، حلف ورجع على المحال عليه ، والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها .

٣٥١٥ (فصل) فإن كان عليه ألف ضمنه رجل ، فأحال الضامن صاحب الدين به ، برئت ذمته وذمة المضمون عنه ، لأن الحوالة كالتسليم ، ويكون الحكم ههنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين ، فإن كان الألف على رجلين ، على كل واحد منهما خمسمائة ، وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك . فأحاله أحدهما بالألف ، برئت ذمتهما معاً ، كما لو قضاها . وإن أحال صاحب الألف رجلاً على أحدهما بعينه بالألف ، صحّت الحوالة ، لأن الدين على كل واحد منهما مستقر ، وإن أحال عليهما جميعاً ليستوفي منهما ، أو من أيهما شاء صحّت الحوالة أيضاً عند القاضي ، لأنه لا فضل ههنا في نوع ، ولا أجل ولا عدد ، وإنما هو زيادة استيفاء ، فلم يمنع ذلك صحّة الحوالة ، كحوالة المعسر على الغني ، وقال بعض أصحاب الشافعي : لا تصح الحوالة . لأن الفضل قد دخلها ، فإن المحتال ارتفق بالتخيير بالاستيفاء منهما ، أو من أيهما شاء ، فأشبهه ما لو أحاله على رجلين ، له على كل واحد منهما ألف ، ليستوفي من أيهما شاء ، والأول أصح ، والفرق بين هذه المسألة ، وبين ما إذا أحاله بألفين ، أنه لا فضل بينهما في العدد ههنا . وثمّ تفاضلاً فيه ، ولأن الحوالة ههنا بألف معين ، وثمّ الحوالة بأحدهما من غير تعيين . وأنه إذا قضاها أحدهما الألف فقد قضى جميع الدين ، وثمّ إذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر ، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه ، فأحال عليهما صحّت الحوالة بغير إشكال ، لأنه لما كان له أن يستوفي الألف من واحد ، كان له أن يستوفي من اثنين ، كلوكيلين .

باب الضمان

٣٥١٦ « مسألة » ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه ، أو قال : ما أعطيته ، فهو على فقد لزمه ما صحّ أنه أعطاه .

الضمان : ضمّ ذمّة الضامن إلى ذمّة المضمون عنه في التزام الحق . فيثبت في ذمتهما جميعاً . ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما ، واشتقاقه من الضم . وقال القاضي : هو مشتق من التضمين : لأن ذمّة الضامن تنضمّن الحق .

والأصل في جوازه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، أمّا الكتاب . فقول الله تعالى (١٢ : ٧٢)
 وَلَئِنْ جَاءَ بِكَ خُلُوفٌ مِّمَّنْ بِرِزْقٍ وَأَنَا بِرِزْقٍ مِّنْ رَبِّكَ وَرَأَىٰ عِبَادُ اللَّهِ أَنَّ الْفِتْنَةَ سَاءَتْ مَا كَانُوا يَفْقَهُونَ
 وأما السنة : فاروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لزعيم غريم » رواه أبو داود ،
 والترمذى . وقال : حديث حسن ، وروى البخارى ، عن سلمة بن الأكوع « أن النبي صلى الله عليه
 وسلم أتى برجل ليصلى عليه ، فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : نعم ، ديناران . قال : هل ترك لهما وفاء ؟
 قالوا : لا ، فتأخّر ، فقيل : لم لا تصلى عليه ؟ قال : ما تنفعه صلاتي وذمتي مرهونة ؟ إلا إن
 نأى أحدكم فضمنه . فقام أبو قتادة : فقال لهما على يارسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه
 وسلم » وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة . وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى .

إذا ثبت هذا فإنّه يقال : ضمين ، وكفيل ، وقبيل ، وحميل ، وزعيم ، وصبير ، بمعنى واحد ،
 ولا بدّ في الضمان من ضامن ، ومضمون عنه ، ومضمون له . ولا بد من رضى الضامن : فإن أكره على
 الضمان لم يصح ، ولا يعتبر رضا المضمون عنه ، لا نعلم فيه خلافاً . لأنّه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ، ورضاه
 صح ، فكذلك إذا ضمن عنه . ولا يعتبر رضى المضمون له ، وقال أبو حنيفة ، ومحمد : يعتبر . لأنّه لإثبات
 مال لآدمى ، فلم يثبت إلا برضاه ، أو رضا من يتوب عنه ، كالبيع ، والشراء ، وعن أصحاب
 الشافعى كالمذهبيين .

ولنا : أن أبا قتادة ضمن من غير رضى المضمون له ولا المضمون عنه . فأجازه النبي صلى الله عليه وسلم ،
 وكذلك روى عن علي رضي الله عنه . ولأنّها وثيقة لا يعتبر فيها قبض ، فأشبهت الشهادة . ولأنّه ضمان دين .
 فشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب ، وقد سلّموه .

٣٥١٧ (فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضى : يعتبر معرفتهما ، ليعلم هل المضمون
 عنه أهل لاصطناع المعروف إليه ، أولا ؟ وليعرف المضمون له فيؤدّى إليه .
 وذكر وجه آخر : أنّه تعتبر معرفة المضمون له لذلك . ولا تعتبر معرفة المضمون عنه . لأنّه لا معاملة
 بينه ، وبينه ، ولأصحاب الشافعى ثلاثة أوجه نحو هذه .

ولنا حديث على ، وأبي قتادة . فإنهما ضمنا لمن لم يعرفاه عن لم يعرفاه . ولأنّه تبرّع بالتزام مال ، فلم
 يعتبر معرفة من يتبرّع له به ، كالنذر .

٣٥١٨ (فصل) وقد دلت مسألة الخرق على أحكام .

منها : صحة ضمان المجهول ، أقوله « ما أعطيتّه فهو على » وهذا مجهول . فتنى قال : أنا ضامن لك
 مالك على فلان ، أو ما ينهني به عليه ، أو ما تقوم به البيعة ، أو ما يقرّ به لك ، أو ما يخرج في روزمانحك

صح الضمان . وبهـ—ذا قال أبو حنيفة ، ومالك ، وقال الثوري ، والليث ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وابن المنذر : لا يصح . لأنه التزام مال ، فلم يصح مجهولاً ، كالتمن في المبيع .

ولنا : قول الله تعالى (وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِلٌّ بِعَيْرٍ ، وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) وحمل البعير غير معلوم . لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة ، فصح في المجهول ، كالنذر ، والإقرار . ولأنه يصح تعليقه بضرر ، وخطر ، وهو ضمان العهدة ، وإذا قال : ألقى متاعك في البحر وعلى ضمانه ، أو قال : ادفع ثيابك إلى هذا الرقاء وعلى ضمانها ، فصح المجهول ، كالمثق ، والطلاق .

ومنها : صحة ضمان ما لم يجب ، فإن معنى قوله « مَا أُعْطِيَتْهُ » أي ما تعطيه في المستقبل . بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بعد وجوبه عليه . فيدل على أنه غيره ، ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المسألين سواء أو إحداها داخلة في الأخرى .

والخلاف في هذه المسألة ، ودليل القولين كالتى قبلها . إلا أنهم قالوا : الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين . فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء ، فلا ضم فيه . فلا يكون ضماناً . قلنا : قد تم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه ، وأن ما ثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته ، وهذا كاف . وقد ساءوا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه ، بقوله : ألقى متاعك في البحر ، وعلى ضمانه . وساء أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجفيل في الجمالة قبل العمل ، وما وجب شيء بعد .

ومنها . أن الضمان : إذا صح لزم الضامن أداء ما ضمنه ، وكان المضمون له مطالبة ، ولا نعلم في هذا خلافاً . وهو فائدة الضمان . وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم « والزعيم غارم » واشتقاق اللفظ . ومنها : صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق ، حياً كان أو ميّتاً ، مملوكاً أو مطلقاً . لعدم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفة : لا يصح ضمان دين الميت ، إلا أن يخلف وفاءً ، فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف . لأنه دين ساقط ، فلم يصح ضمانه ، كالمسقط بالبراء ، ولأن ذمته قد خربت خراباً لا تعمّر بعده ، فلم يبق فيها دين ، والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه .

ولنا : حديث أبي قتادة ، وعلى فلانها ضمانا دين ميت لم يخلف وفاءً . والنبي صلى الله عليه وسلم حَضَمَهُمْ عَلَى ضِمَانِهِ فِي حَدِيثِ أَبِي قَتَادَةَ بِقَوْلِهِ « أَلَا قَامَ أَحَدُكُمْ قَضَمَةً ؟ » وهذا صريح في المسألة . ولأنه دين ثابت ، فصح ضمانه ، كما لو خلف وفاءً ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لأصحاب الدين اقتضاؤه ، ولو ضمنه حياً ، ثم مات أم تبرأ ذمة الضامن . ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن ، وفي هذا انفصال عما ذكرناه .

ومنها : صحة الضمان في كل حق ، أعنى من الحقوق الدائنة الواجبه ، أو التي تؤول إلى الوجوب ، كنمن المبيع في مدّة الخيار ، وبعده ، والأجرة ، والمهر قبل الدخول ، أو بعده ، لأنّ هذه الحقوق لازمة ، وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها ، كالثن في المبيع بعد انقضاء الخيار ، ويجوز أن يسقط برّد بهيب ، أو مُقابلة ، وبهذا كلّه قال الشافعي .

٣٥١٩ (فصل) فيما يصحّ ضمانه ، ويصحّ ضمان الجمل في الجملة . وفي السابقة ، والمناضلة ، وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : لا يصحّ ضمانه ، لأنّه لا يؤول إلى اللزوم ، فلم يصحّ ضمانه ، كال الكتابة .

ولنا : قول الله تعالى (وَلَمَن جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ، وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) ولأنّه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل . وإنّا الذي لا يلزم العمل ، والمال يلزم بوجوده ، والضمان المال دون العمل . ويصحّ ضمان أرش الجناية ، سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات ، أو حيواناً ، كالدّيات . وقال أصحاب الشافعي : لا يصحّ ضمان الحيوان الواجب فيها ، لأنّه مجهول . وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول . ولأنّ الإبل الواجبة في الدّمة معلومة الأسنان ، والعدد . وجهالة اللون ، أو غيره من الصفات الباقية لا تضرّ ، لأنّه إنّما يلزمه أدنى لون ، أو صفة ، فتحصّل معلومة . وكذلك غيرها من الحيوان . ولأنّ جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالإتلاف . فلم يمنع وجوبه بالاتّزام ، ويصحّ ضمان نفقة الزوجة ، سواء كانت نفقة يومها ، أو مُستقبلةً ، لأنّ نفقة اليوم واجبة ، والمستقبلة ما لها إلى اللزوم ، ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب . وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه إلاّ نفقة المعسر ، لأنّ الزيادة على ذلك تسقط بالإعسار ، وهذا مذهب الشافعي ، على القول الذي قال فيه : يصحّ ضمانها .

ولنا : أنه يصحّ ضمان ما لم يجب ، واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحّة ضمانها . بدليل الجمل في الجملة ، والصدّاق قبل الدخول ، والمبيع في مدّة الخيار . فأما النفقة في الماضي ، فإن كانت واجبة إمّا بحكم الحاكم بها ، أو قلنا : بوجوبها بدون حكمه صحّ ضمانها ، وإلاّ فلا . ويصحّ ضمان مال السّلم في إحدى الروايتين . والأخرى لا يصحّ لأنّه يؤدّي إلى استيفاء المُسَلّم فيه من غير المُسَلّم إليه ، فلم يجز ، كالحوالة به ، والأول أصحّ . لأنه دين لازم ، فصحّ ضمانه ، كالأجرة ، وثمن المبيع . ولا يصحّ ضمان مال الكتابة في إحدى الروايتين . وهو قول الشافعي ، وأكثر أهل العلم ، والأخرى : يصحّ . لأنه دين على المالك ، فصحّ ضمانه ، كسائر الديون عليه ، والأولى : أصحّ . لأنه ليس بلازم ، ولا ماله إلى اللزوم . فإن المالكات تمجيز نفسه ، والامتناع عن أدائه . فإذا لم يلزم الأصيل ، فالضمين أولى . ويصحّ ضمان الأعيان الضمّونة ، كالمنسوب ، والعمارية . وبه قل أبو حنيفة ، والشافعي في أحد القواين ، وقال في

الآخر : لا يصح . لأنَّ الأعيان غيرُ ثابتة في الذمَّة . وإنَّما يُضمَّن ما ثبت في الذمَّة ، ووصفنا لها بالضمآن إنَّما معناه أنَّه يلزمه قيمتها إن تلفت ، والقيمة مجهولة .

ولنا : أنَّها مضمونة على مَنْ هي في يده ، فصَحَّ ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمَّة وقولم : إنَّ الأعيان لا تثبت في الذمَّة . قلنا : الضمان في الحقيقة إنَّما هو ضمان استيفائها ، وردّها ، والتزام تحصيلها ، أو قيمتها ، عند تلفها . وهذا بما يصحَّ ضمانه ، كعهدة المبيع . فإنَّ ضمانها يصحَّ ، وهو في الحقيقة التزام ردِّ الثمن ، أو عَوَضه إن ظهر بالمبيع عيب ، أو خرج مستحقًّا . فأما الأمانات ، كالوديعة ، والعين المؤجَّرة ، والشركة ، والمضاربة ، والعين التي يدفعها إلى القصار ، والخياط . فهذه إن ضمنها من غير تعدُّر فيها لم يصحَّ ضمانها . لأنَّها غير مضمونة على مَنْ هي في يده . فسكذلك على ضامنه . وإن ضمنها إن تعدَّى فيها ، فظاهر كلام أحد رَحِمَهُ اللهُ : يدلُّ على صحَّة الضمان . فإنَّه قال في رواية الأثرم : في رجل يتقبَّل من الناس الثياب ، فقال له رجل : ادفع إايه ثيابك ، وأنا ضامن ، فقال له : هو ضامن لما دفعه إليه ، يعني إذا تعدَّى ، أو تلف بفعله ، فعلى هذا : إن تلف بغير تفريط منه ، ولا فعله ، لم يلزم الضامن شيء ، لما ذكرنا ، وإن تلف بفعله ، أو تفريط ، لزمه ضمانها ، ولزم ضامنه ذلك . لأنَّها مضمونة على مَنْ هي في يده ، فلزم ضامنه ، كالتقصُّوب ، والعواري ، وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب ، وقد بيَّنا جوازه . ويصحَّ ضمان عهدة المبيع عن البائع المشتري ، وعن المشتري للبائع ، فضمانه على المشتري : هو أن يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه ، وإن ظهر فيه عيب ، أو استحقَّ رجوع بذلك على الضامن ، وضمانه عن البائع للمشتري . هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقًّا أو ردًّا بعيب ، أو أَرَشَ العيب . فضمان المهددة في الموضعين هو ضمان الثمن ، أو جزء منه عن أحدهما للآخر . وحقيقة المهددة : الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع . ويُذكر فيه الثمن ، فمُعَبَّر به عن الثمن الذي يضمنه . ومَنْ أجاز ضمان المهددة في الجملة : أبو حنيفة ، ومالك ، والشافعي . ومنع منه بعض الشافعية . اسكونه ضمان ما لم يجب ، وضمان مجهول ، وضمان عين . وقد بيَّنا جواز الضمان في ذلك كله ، ولأنَّ الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع . والوثائق ثلاثة : الشهادة ، والرهن ، والضمان . فأما الشهادة ، فلا يستوفي منها الحق ، وأما الرهن ، فلا يجوز في ذلك بالإجماع . لأنَّه يؤدَّى إلى أن يبقى أبدأً مرهونًا . فلم يبق إلَّا الضمان . ولأنَّه لا يضمن إلَّا ما كان واجبًا حال العقد . لأنَّه إنَّما يتعلَّق بالضمان حكم إذا خرج مستحقًّا أو معيبًا حال العقد ، ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد ، والجملة مُنتفِية . لأنَّه ضمن الجملة . فإذا خرج بعضه مُستحقًّا لزمه بعض ما ضمنه .

إذا ثبت هذا : فإنَّه يصحَّ ضمان المهددة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن ، وبعده . وقال الشافعي :

إنَّما يصحّ بعد القبض لأه قبل القبض لو خرج مُستَحَقًّا لم يجب على البائع شيء ، وهذا ينبغي على ضمان ما لم يجب إذا كان مُفَضِّياً إلى الوجوب كالجعالة .

والفاظ ضمان العهدة أن يقول : ضمنتُ عهدة ، أو ثمنه ، أو دركه . أو يقول للمشتري : ضمنتُ خلاصك منه ، أو يقول : متى خرج المبيع ، ستَحَقُّ فند ضمنتُ لك الثمن ، وحُكي عن أبي يوسف : أنه قال : ضمنتُ عهدة ، أو ضمنتُ لك العهدة ، والعهدة في الحقيقة : هي الصكُّ المكتوبُ فيه الإقباع ، هكذا فسَّره به أهل اللغة ، فلا يصحّ ضمانه للمشتري ، لأنَّه ملكه . وإيس بصحيح . لأنَّ العهدة صارت في العرف عبارةً عن الدرك ، وضمن الثمن ، والكلام المطلق يُحمل على الأسماء العرفية دون اللغوية . كالراوية تحمل عند إطلاقها على الزادة ، لا على الجمل ، وإن كان هو الموضوع له ، فأما إن ضمن له خلاص المبيع ، فقال أبو بكر : هو باطل ، لأنَّه إذا خرج حُرّاً ، أو مستَحَقًّا لا يستطيع تحليصه ، ولا يحل ، وقد قال أحد في رجل باع عبداً ، أو أمةً ، وضمن له الخلاص فقال : كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حُرّاً ؟ فإن ضمن عهدة المبيع ، وخلاصه ، بطل في الخلاص . وهل يصحّ في العهدة ؟ على وجهين ، بناءً على تفريق الصفة .

إذا ثبت صحة ضمان العهدة ، فالكلام فيما يلزم الضامن . فنقول : إنَّ استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو : إمّا أن يكون بسبب حادثٍ بعد العقد ، أو مقارنٍ له . فأما الحادث ، فمثل تلف المبيع من المسكيل ، والموزون في يد البائع ، أو بنصبٍ من يده ، أو بقبْلان ، فإنَّ المشتري يرجع على البائع دون الضامن . لأنَّ هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد : وإمّا ضمن الاستحقاق للموجود حال العقد ، ويحتمل أن يرجع به على الضامن ، لأنَّ ضمان ما لم يجب جائز . وهذا منه . وأما إن كان بسبب مقارنٍ نظرنا : فإنَّ كان بسبب لا تفريط من البائع فيه ، كأخذه بالشَّمة . فإنَّ المشتري يأخذ الثمن من الشفع ، ولا يرجع على البائع ، ولا الضامن ، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء ، لم يجب على الضامن بطريق الأولى ، وأما إن زال ملكه عن المبيع بسبب مقارنٍ لتفريط من البائع ، باستحقاقٍ أو حُرِّيَّةٍ ، أو ردٍّ بعيب قديم ، فله الرجوع إلى الضامن . وهذا ضمان العهدة . فإنَّ أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضاً . لأنَّه إذا لزمه كلُّ الثمن لزمه بعضه إذا استحقَّ ذلك على المضمون عنه ، وسواء ظهر كلُّ المبيع مستَحَقًّا ، أو بعضه ، لأنَّه إذا ظهر بعضه مستَحَقًّا بطل العقد في الجميع في إحدى الروايتين . فقد خرجت العين كلَّها من يده ، بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الأخرى : يبطل العقد في الجميع ، ولكن استحقَّ ردّها . فإنَّ ردّها كلَّها فالحكم كذلك ، وإن أمسك المملوك منها ، فله المطالبة بالأرث ، كما لو وجد بها عيباً ، ولو باعه عينا ، أو أقرضه شيئاً بشرط أن يرهن عنده عينا ، فتكفَّل رجل بتسليم الرهن لم تصحَّ الكفَّالة ، لأنه لا يلزم الرهن إقباضه ، وتسليمه . فلا يلزم الكفيل ما لا يلزم الأصيل . وإن ضمن للمشتري قيمة ما يحدث

في المبيع ، من بناء ، أو غرس صح ، سواء ضمنه البائع ، أو أجنبي ، فإذا بنى ، أو غرس ، واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما نال ، أو نقص ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي : لا يصح لأنه ضمان مجهول : وضمان مالم يجب . وقد بينا جواز ذلك .

٣٥٢٠ (فصل) فيمن يصح ضمانه ، ومن لا يصح ، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله . سواء كان رجلاً ، أو امرأة . لأنه عقد يقصد به المال ، فصح من المرأة ، كالبيع ، ولا يصح من الجنون ، والمُتَبَرِّم^(١) ، ولا من صبي غير متميز بغير خلاف ، لأنه لإيجاب مال بعقد . فلم يصح منهم ، كالنذر والإقرار . ولا يصح من السفهية المحجور عليه . ذكره أبو الخطاب ، وهو قول الشافعي وقال القاضي : يصح ، ويتبع به بعد فك الحجر عنه لأن من أصلنا أن إقراره صحيح ، يتبع به من بعد فك الحجر عنه ، فكذلك ضمانه ، والأول أولى . لأنه لإيجاب مال بعقد . فلم يصح منه كالبيع ، والشراء . ولا يشبه الإقرار ، لأنه إخبار بحق سابق ، وأما الصبي المتميز : فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين ، وهو قول الشافعي ، وخرجه أصحابنا من الروابيتين في صحة إقراره ، ونصرته فانه بإذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع . لأن هذا التزام مال لا فائدة له فيه . فلم يصح منه ، كالنذر ، بخلاف البيع ، وإن اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه ، فقال الصبي : قبل بلوغه ، وقال المضمون له : بعد البلوغ ، فقال القاضي : قياس قول أحمد أن القول قول المضمون له ، لأن معه سلامة العقد ، فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن ، لأن الأصل عدم البلوغ ، وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي ، ولا يشبه هذا ما إذا اختلفا في شرط فاسد ، لأن المختلفين ثم متفقان على على أهمية التصرف ، والظاهر أنهما لا يتصرفان إلا تصرفاً صحيحاً . فكان قول مدعى الصحة هو الظاهر ، وهما اختلفا في أهلية التصرف ، وليس مع من يدعى الأهلية ظاهر يستند إليه ، ولا أصل يرجع إليه ، فلا ترجيح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حال جنون ، كالحكم في الصبي ، وإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له ، لأن الأصل عدمه ، فأما المحجور عليه لقلس . فيصح ضمانه . ويتبع به بعد فك الحجر عنه . لأنه من أهل التصرف ، والحجر عليه في ماله ، لا في ذمته . فأشبهه الراهن . فصح تصرفه فيما عدا الرهن ، فهو كما لو افترض ، أو أقر ، أو اشترى في ذمته ، ولا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده ، سواء كان مأذوناً له في التجارة ، أو غير مأذون له ، وبهذا قال ابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، ويحتمل أن يصح ، ويتبع به بعد العتق ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . لأنه من أهل التصرف ، فصح تصرفه فيما لا ضرر على السيد فيه ، كالإقرار بالانقلاب .

(١) المبرسم : الذي يهذى ويخلط في كلامه بسبب علة فيه .

ووجه الأول : أنه عقد تضمّن إيجاب مال . فلم يصحّ بغير إذن ، كالتسكاح . وقال أبو ثور : إن كان من جهة التجارة جاز ، وإن كان من غير ذلك لم يجز ، فإن ضمن بإذن سيّده صحّ . لأنّ سيّده لو أذن له في التصرف صحّ . قال القاضى : وقياس المذهب تملّقى المال برقبته ، وقال ابن عقيل : ظاهر المذهب . وقياسه أنه يتملّقى بذمة السيّد . وقال أبو الخطاب : هل يتملّقى برقبته ، أو بذمة سيّده ؟ على روايتين ، كما استدأنته بإذن سيّده . وقد سبق الكلام فيها ، فإن أذن له سيّده في الضمان ليسكون القضاء من المال الذى فى يده صحّ . ويكون ما فى ذمته متملّقا بالمال الذى فى يد العبد ، كتملّقى حقّ الجناية برقبة الجانى ، كما لو قال الحرّ : ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالى هذا صحّ ، وأما المصنّف فلا يصحّ ضمانه بغير إذن سيّده ، كالعبد القنّ . لأنّه تبرّع بالتزام مال ، فأشبهه بنذر الصدقة بغير مال . ويحتمل أن يصحّ ويتّبع به بعد عتقه ، كقولنا فى العبد ، وإن ضمن بإذنه فقيه وجهان :

أحدهما : لا يصحّ أيضاً . لأنّه ربّما أدى إلى تفويت الحرّية .

والثانى : يصحّ . لأنّ الحقّ لها ، لا يخرج عنهما ، فأما المربض . فإن كان مرضه غير مخوف ، أو غير مرض الموت ، فحكمه حكم الصحيح ، وإن كان مرض الموت المخوف ، فحكم ضمانه حكم تبرّعه ، يحسب من ثلثه . لأنّه تبرّع بالتزام ما لا يلزمه . ولم يأخذ عنه عوضاً . فأشبهه الهبة . وإذا فُهِمَت إشارة الأحرس صحّ ضمانه . لأنّه يصحّ بيعه ، وإقراره ، وتبرّعه ، فصحّ ضمانه ، كالتأطى ، ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن إشارته يُفهم بها أنه قصّد الضمان ، لأنّه قد يكتب عبثاً ، أو تجربة قلم ، فلم يثبت الضمان به مع لاحتمال . ومن لا تُفهم إشارته لا يصحّ منه الضمان . لأنّه لا بدرى بضمانه . ولأنّه لا تصحّ سائر تصرفاته ، فكذلك ضمانه .

٣٥٢١ (فصل) إذا ضمن الدين الحال مؤجّلاً صحّ ، ويكون حالاً على المضمون عنه ، ومؤجّلاً على الضامن ، يملك مطالبة المضمون عنه ، دون الضامن ، وبهذا قال الشافعى ، قال أحمد فى رجل ضمن ماعلى فلان أن يؤدّيه فى ثلاث سنين : فهو عليه . ويؤدّيه كما ضمن ، ووجه ذلك : ما روى ابن عباس « أن رجلاً لزم غريباً له بمشرك دنانير على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : ما عندى شيء أعطيك ، فقال : والله لا أفارقك حتى تفضيني ، أو تأتيني بحميل ، فجزّته إلى النبی صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : كم تستنظره ؟ قال : شهراً ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فأنا أحمل ، فجاء فى الوقت الذى قال النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : من أين أصبت هذا ؟ قال : من مفسدين ، قال : لا خير فيها ، وقصّها عنه » رواه ابن ماجه فى سننه . ولأنّه ضمن مالا بعقد مؤجل ، فكان مؤجّلاً ، كالبيع .

فإن قيل : فعندكم الدين الحال لا يتأجل ، فكيف يتأجل على الضامن ؟ أم كيف ثبتت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه ؟

قلنا : الحق يتأجل في ابتداء ثبوته ، إذا كان بمقد . وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن ، فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ، ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة المضمون عنه ، بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل .

إذا ثبت هذا : وكان الدين مؤجلاً إلى شهر ، فضمنه إلى شهرين ، لم يكن له مطالبة الضامن إلى شهرين . فإن قضاء قبل الأجل ، فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول : إنه إذا فضى دينه بغير إذن رجع به . لأن أكثر ما فيه ههنا أنه قضى بغير إذن ، وعلى الرواية الأخرى لا يرجع به قبل الأجل ، لأنه لم يأت له في القضاء قبل ذلك ، وإن كان الدين مؤجلاً ، فضمنه حالاً لم يصر حالاً ، ولا يلزمه أدائه قبل أجله ، لأن الضامن فرع للمضمون عنه . فلا يلزمه ما لا يلزم المضمون عنه ، ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين . لم يلزمه تعجيله ، فبان لا يلزم الضامن أولى ، ولأن الضامن التزام دين في الذمة . فلا يجوز أن يلزم ما لا يلزم المضمون عنه ، فعلى هذا إن قضاء حالاً لم يرجع به قبل أجله . لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله ، والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها : أن الدين الحال ثابت في الذمة ، مستحق القضاء في جميع الزمان . فإذا ضمنه مؤجلاً فقد التزم بمض ما يجب على المضمون عنه . فصح ، كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه إلا عند أجله . فإذا ضمنه حالاً التزم ما لم يجب على المضمون ، فأشبه ما لو كان الدين عشرة ، فضمن عشرين ، وقيل : يحتمل أن يصح ضمان الدين المؤجل حالاً ، كما يصح ضمان الحال مؤجلاً قياساً لإحداها على الأخرى . وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس إن شاء الله تعالى .

٣٥٢٢ (فصل) وإذا ضمن ديناً مؤجلاً عن إنسان ، فمات أحدهما : إما الضامن وإما المضمون عنه ، فهل يحل الدين على الميت منهما ؟ على روايتين تقدم ذكرهما .

فإن قلنا : يحل على الميت لم يحل على الآخر . لأن الدين لا يحل على شخص بموت غيره ، فإن كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الأجل ، فإن قضاء قبل الأجل كان متبرعاً بتمجيل القضاء ، وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الأجل ؟ يخرج على الروايتين ، فيمن قضى بغير إذن من هو عليه ، وإن كان الميت الضامن ، فاستوفى الغريم الدين من تركته ، لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه ، حتى يحل الحق . لأنه مؤجل عايه ، فلا يستحق مطالبته به قبل أجله ، وهذا مذهب الشافعي ، وحكي عن زفر : أن لهم مطالبته ، لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته .

ولنا : أنه دين مؤجل ، فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل ، كما لو يميت ، وقوله : أدخله فيه . قلنا : إنما أدخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهته ، فهو كم لو قضى قبل الأجل .

٣٥٣٣ « مسألة » قال ﴿ ولا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن ﴾ .

بمى : أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان ، كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض . بل يثبت الحق في ذمة الضامن ، مع بقاءه في ذمة المضمون عنه ، ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة ، وبعد الموت . وبهذا قال الثوري ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، وقال أبو ثور : الكفالة ، والحوالة سواء ، وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه ، والمحيل ، وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى ، وابن شبرمة وداود ، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال : « كُفِّتَا مَعَ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي جَنَازَةٍ فَلَمَّا وُضِعَتْ قَالَ : هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ ؟ قَالُوا : نَعَمْ دِرْهَمَانِ . فَقَالَ : صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ ، فَقَالَ عَلِيٌّ : هُمَا عَلَى يَأْرَسُولَ اللَّهِ ، وَأَنَا لَمَمَّا ضَامِنٌ . فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَصَلَّى عَلَيْهِ . ثُمَّ أَقْبَلَ عَلَى عَلِيٍّ فَقَالَ : جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا عَنِ الْإِسْلَامِ ، وَفَكَ رِهَانَكَ ، كَمَا فَكَّكَتَ رِهَانَ أَخِيكَ ، فَقِيلَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ هَذَا لِعَلِيٍّ خَاصَّةً أَمْ لِلنَّاسِ عَامَّةٍ ؟ فَقَالَ : لِلنَّاسِ عَامَّةٍ » رواه الدارقطني . فدل على أن المضمون عنه برى بالضمان ، وروى الإمام أحمد في المسند ، عن جابر قال « تَوَفَّى صَاحِبٌ لَنَا فَأَتَيْنَا النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِيُصَلِّيَ عَلَيْهِ ، فَخَطَا خُطْوَةً ، ثُمَّ قَالَ : أَعَلَيْهِ دَيْنٌ ؟ قُلْنَا : دَيْنٌ ر . فَانصَرَفَ ، فَحَمَلْنَاهُ أَبُو قَتَادَةَ . فَقَالَ : الدَّيْنَارَانِ عَلَى ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : وَجَبَ حَقُّ الْفَرَسِ ، وَبَرَى الْمَيْتُ مِنْهُمَا ؟ قَالَ نَعَمْ ؛ فَصَلَّى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : بَعْدَ ذَلِكَ : مَا قَعَلَ الدَّيْنَارَانِ ؟ قَالَ : إِنَّمَا مَاتَ أَمْسٍ . قَالَ : فَقَادَ إِلَيْهِ مِنَ الْغَدِ ، فَقَالَ : قَدْ قَضَيْتُهُمَا : فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : الْآنَ بَرَدَتْ جِلْدَتُهُ » وهذا صريح في براءة المضمون عنه ، لقوله « وَبَرَى الْمَيْتُ مِنْهُمَا » ولأنه دين واحد ، فإذا صار في ذمة ثانية برئت الأولى منه ، كالحال به . وذلك لأن الدين الواحد لا يحل في محلين .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « نَفْسُ الْمُؤْمِنِ مُعَلَّقَةٌ بِدِينِهِ ، حَتَّى يُقْضَى عَنْهُ » وقوله في خبر أبي قتادة « الْآنَ بَرَدَتْ جِلْدَتُهُ » حين أخبره أنه قضى دينه . ولأنها وثيقة ، فلا تنقل الحق ، كالشهادة ، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه ، فلا تله بالضمان صار له وفاء ، وإنما كان النبي صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لعل « فَكََّكَ اللَّهُ رِهَانَكَ كَمَا فَكَّكَتَ رِهَانَ أَخِيكَ » فإنه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما ضمنه ، فكاه من ذلك ، أو تمني معناه ، وقوله « بَرَى الْمَيْتُ مِنْهُمَا » صرت أنت المطالب بهما . وهذا على سبيل التأكيد

اثبت الحق في ذمته ، ووجوب الأداء عليه . بدليل قوله في سياق الحديث حيث أخبره بالقضاء : « الآن بردت عليّ جلدته » ويفارق الضمان الحوالة . فإن الضمان مشتق من الضم ، فيقتضى الضم بين الذمّتين في تعاقب الحق بهما ، وثبوته فيهما ، والحوالة من التحوّل . فتنه: فحق تحوّل الحق من محله إلى ذمة المحال عليه . وقولهم : إن الدين الواحد لا يحلّ في محلّين . قلنا : يجوز تعلّقه بمحلّين على سبيل الاستيثاق كتعلّق دين الرهن به ، وبذمة الراهن . وقال أبو بكر عبد العزيز : أما الحى فلا يبرأ بمجرد الضمان ، رواية واحدة ، وأما الميت : ففي براته بمجرد الضمان روايتان :

إحداها : يبرأ بمجرد الضمان . نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى . لما ذكرنا من الخبرين ، ولأنّ فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته . فينبغى أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان . بخلاف الحى ، فإنّ المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق ، وثبوته في الذمّتين آكد في الاستيثاق بالحق .

والثانية : لا يبرأ إلا بالأداء ، لما ذكرناه ، ولأنّه ضمان ، فلا يبرأ به المضمون عنه ، كالحى :

٣٥٢٤ (فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما . وحكى عن مالك في إحدى الروايتين عنه . أنّه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذّر مطالبة المضمون عنه ، لأنه وثيقة ، فلا يستوفى الحق منها إلا عند تعذّر استيفائه من الأصل ، كالرهن .

ولما : أن الحق ثابت في ذمة الضامن ، فلك مطالبة ، كالأصيل . ولأنّ الحق ثابت في ذمتهما ، فلك مطالبة من شاء منهما ، كالضامنين إذا تعذّرت مطالبة المضمون عنه . ولا يشبه الرهن ، لأنه مال من عليه الحق ، وليس بذى ذمة يطالب ، إنّما يطالب من عليه الدين ، ليقضى منه ، أو من غيره .

٣٧٢٥ (فصل) وإن أبرأ صاحب الدين للمضمون عنه برئت ذمة الضامن . لا نعلم فيه خلافاً ، لأنه تبع ، ولأنّه وثيقة ، فإذا برى الأصل زالت الوثيقة ، كالرهن . وإن أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه : لأنه أصل ، فلا يبرأ بإبراء التبع ، ولأنّه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها ، فلم تبرأ ذمة الأصل ، كالرهن إذا انسخ من غير استيفائه ، وأيّهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له ، لأنه حق واحد . فإذا استوفى مرة زال تعلّقه بهما ، كما لو استوفى الحق الذى به قرض ، وإن أحال الغريم برئاً جميعاً لأنه حق واحد ، فإذا استوفى مرة زال تعلّقه بهما ، كما لو استوفى دين الرهن ، وإن أحال أحدهما الغريم برئاً جميعاً ، لأنّ الحوالة كالقضاء .

٣٥٢٦ (فصل) وإن ضمن الضامن ضامن آخر صحّ ، لأنه دين لازم في ذمته ، فصحّ ضمانه ، كسائر الديون ، وبثبت الحق في ذم ثلاثتهم قضاء برئت ذمهم كلّها . لأنه حق واحد ، فإذا قضى مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى ، وإن أبرأ الغريم المضمون عنه برى الضامنان لأنّهما فرع ، وإن أبرأ الضامن الأول برى الضامنان كذلك ، ولم يبرأ المضمون عنه ، لما تقدّم ، وإن أبرأ الضامن الثانى برى الضامن الأول . (م ٥٢ - الفى - رابع)

وحده ، ومتى حصلت براءة الذمة بالبراء فلا يرجع فيها بحال ، لأن الرجوع مع الغرم ، وليس في الإبراء غرم ، ، والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه ، وتزيد بأنه إذا مات المكفول عنه برى كفيلاه . وإن مات الكفيل الأول برى الثاني دون المكفول عنه ، لأن الوثيقة انحلت من غير استيفاء ، فأشبهه الرهن وإن مات الكفيل برى وحده .

٣٥٢٧ (فصل) وإن ضمن المضمون عنه الضامن ، أو تكفل المكفول عنه الكفيل ، لم يصح . لأن الضمان يقتضى إلزامه الحق في ذمته ، والحق لازم له ، فلا يتصور إلزامه ثانياً . ولأنه أصل في هذا الدين ، فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه . وإن ضمن عنه ديناً آخر ، أو كفل به في حق آخر ، جاز لعدم ما ذكرناه فيه .

٣٥٢٨ (فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان ، وأكثر ، سواء ضمن كل واحد منهم جميعه ، أو جزءاً منه . فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برى كل واحد منهم بأداء أحدهم ، وإن أبرى المضمون عنه برى الجميع ، لأنهم فروع له . وإن أبرى أحد الضمان برى وحده . ولم يبرأ غيره ، لأنهم غير فروع له : فلم يبرؤوا ببراءته ، كالمضمون عنه ، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجز . لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي ، فلا يجوز أن يثبت ثانياً . ولأنه أصل فيه بالضمان . فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً ، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز . ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه ، لأن الكفالة بيدنه ، لا بما في ذمته . وأتى الكفيلين أحضر المكفول به برى ، وبرى صاحبه من الكفالة ، لأنه فرعه ، ولم يبرأ من إحضار المكفول به ، لأنه أصل في ذلك ، وإن كفل المكفول الكفيل لم يجز . لأنه أصل له في الكفالة ، لم يجز أن يصير فرعاً له فيما كُفِّل به ، وإن كفل به في غير هذا الحق جاز . لأنه ليس بفرع له في ذلك .

٣٥٢٩ « مسألة » قال ﴿ فتى أدى رجوع عليه ، سواء قال له : اضمن عني ، أو لم يقل ﴾

يعنى : إذا أدى الدين محققاً بالرجوع على المضمون عنه ، فأما إن قضى الدين متبرعاً به غير ناو للرجوع به ، فلا يرجع بشيء ، لأنه يتطوع بذلك ، أشبه الصدقة ، وسواء ضمن بأمره ، أو بغير أمره ، فأما إذا أدام بنية الرجوع به ، لم يخل من أربعة أحوال :

أحدهما : أن يضمن بأمر المضمون عنه ، ويؤدى بأمره ، فإنه يرجع عليه ، سواء قال له : اضمن عني ، أو أدعنى ، أو أطلق ، وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، وقال أبو حنيفة ومحمد : إن قال : اضمن عني ، وانقضى عني رجوع عليه ، وإن قال : انقضى هذا لم يرجع إلا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه ، ويودع عنده . لأن قوله : اضمن عني ، وانقضى عني إقرار منه بالحق . وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال : هب

لهذا ، أو تطوع عليه . وإذا كان مخالطاً له رجع استحساناً ، لأنه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه .
ولنا . أنه ضمن ، ودفع بأمره . فأشبه ما إذا كان مخالطاً له ، أو قال : ضمن عني ، وما ذكرناه ليس بصحيح ، لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلّا لما هو عليه ، وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ما ضمنه ،
بدليل المخالط له . فيجب عليه أداء ما أدى عنه ، كما لو صرح به .
الحال الثاني : ضمن بأمره ، وقضى بغير أمره ، فله الرجوع أيضاً . وبه قال مالك ، والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني : لا يرجع به ، لأنه دفع بغير أمره . أشبه ما لو تبرع به . الثالث : أنه إن تمذّر الرجوع على المضمون عنه ، فدفع ما عليه رجع ، وإلّا فلا ، لأنه تبرع بالدفع .
ولنا : أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك إذنه في الأداء ، لأن الضمان بوجوب عليه الأداء ، فرجع عليه ، كما لو أذن في الأداء صريحاً .

الحال الثالث : ضمن بغير أمره ، وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً . وظاهر مذهب الشافعي : أنه لا يرجع ، لأن أمره بالقضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه .
ولنا : أنه أدى دينه بأمره ، فرجع عليه ، كما لو لم يكن ضامناً ، أو كما لو ضمن بأمره ، وقولهم : إن أذنه في القضاء انصرف إلى ما وجب بضمانه ، قلنا : الواجب بضمانه إنّما هو أداء دينه ، وليس هو شيئاً آخر ، فحق أدائه عنه بإذنه لزمه إعطاؤه بدله .

الحال الرابع : ضمن بغير أمره ، وقضى بغير أمره ، ففيه روايتان :
إحداها : يرجع بما أدى . وهو قول مالك ، وعبد الله بن الحسن ، وإسحاق .
والثانية : لا يرجع بشيء . وهو قول أبي حنيفة ، والشافعي وابن المنذر ، بدليل حديث عليّ ، وأبي قتادة ، فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما ، فكانت ذمة الميت مشغولة بدنيهما ، كاشتغالها بدني المضمون عنه ، ولم يُصلّ عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه تبرّع بذلك ، أشبه ما لو عاف دوابه ، وأطعم عبيده بغير أمره .

ووجه الأولى : أنه قضاء مُبرئ من دين واجب . فكان من ضمان من هو عليه ، كالخامس إذا قضاؤه عنه عند امتناعه ، فأما عليّ وأبو قتادة ، فإنهما تبرّعا بالقضاء ، والضمان ، فإنهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ، ليُصلّى عليه صلى الله عليه وسلم ، مع علمهما بأنه لم يترك وفاء ، والتبرّع لا يرجع بشيء ، وإلّا ما الخلاف في المحقّق بالرجوع .

٣٥٣٠ (فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقلّ الأمرين ممّا قضى ، أو قدر الدين . لأنه إن كان الأقلّ الدين ، فالزائد لم يكن واجباً . فهو متبرّع بأدائه ، وإن كان المقضى أقلّ ، فإنما يرجع بما غرّم .

لهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء . وإن دفع عن الدين عَضاً رجع بأقلّ الأمرين من قيمته ، أو قَدَرَ الدين ، لذلك . فإن قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله ، لأنه لا يجب له أكثر مما كان للغريم ، فإن أحياه كانت الحوالة بمنزلة تقبيلضه ، ويرجع بالأقلّ ممّا أحال به ، أو قدر الدين ، سواء قبض الغريم من المحال عليه ، أو أبرأه ، أو تمذّر عليه الاستيفاء ، لفأس أو مَطلٍ . لأنّ نفس الحوالة كالاقباض .

٣٥٣١ (فصل) ولو كان على رجلين مائة ، على كلّ منهما نصفها ، وكلّ واحد ضامن عن صاحبه ما عليه ، فضمن آخرُ عن أحدهما المائة بأمره ، وقضاها ، سقط الحقّ عن الجميع ، وله الرجوع بها على الذى ضمن عنه ، ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء فى إحدى الروايتين . لأنه لم يضمن عنه ، ولا أذن له فى القضاء ، فإذا رجع على الذى ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها ، إن كان ضمن عنه بإذنه ، لأنه ضمنها عنه بإذنه ، وقضاها ضامنه ، والرواية الثانية : له الرجوع على الآخر بالمائة . لأنها وجبت له على من أدّاها عنه . فلك الرجوع بها عليه ، كالأصل .

٣٥٣٢ (فصل) إذا ضمن عن رجل بإذنه ، فطواب الضامن ، فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه . لأنه لزمه الأداء عنه بأمره ، فكانت له المطالبة بتبرئة ذمّته . وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه ، لأنه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته ، لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه ، وفيه وجه آخر : أنّ له المطالبة . لأنه شغل ذمته بإذنه ، فكانت له المطالبة بتفريغها ، كما لو استعار عبداً ، فرهنه ، كان للسيد مطالبة بفسّكاكه ، وتفريغه من الرهن ، والأول أولى ، ويُفارق الضمانُ العارية ، لأنّ السيد يقتصر بتعويق منافع عبده المستعار ، فلك المطالبة بما يزيل الضرر عنه ، والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعه ، فأما إن ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الأداء بحالٍ ، لأنه لا حقّ له بطالب به ، ولا شغل ذمته بأمره . فأشبهه الأجنبيّ ، وقيل : إن هذا ينبى على الروايتين فى رجوعه على المضمون عنه بما أدّى عنه . فإن قلنا : لا يرجع ، فلا مطالبة له بحالٍ ، وإن قلنا : يرجع . فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره ، على ما مضى تفصيله .

٣٥٣٣ (فصل) فإن ضمن الضامن ضامن آخر ، ففضى أحدهم الدين برئوا جميعاً . فإن قضاها المضمون عنه لم يرجع على أحد ، وإن قضاها الضامن الأول رجع على المضمون عنه . دون الضامن عنه ، وإن قضاها الثانى رجع على الأول ، ثم رجع الأول على المضمون عنه ، إذا كان كلّ واحد منهما قد أذن لضامنه ، فإن لم يكن أذن له فى الرجوع روايتان ، وإن أذن الأول للثانى ولم يأذن المضمون عنه ، أو أذن المضمون عنه لضامنه ، ولم يأذن الضامن لضامنه ، رجع المأذون له على من أذن له ، ولم يرجع الآخر على إحدى

الروابيتين . فإن أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ، ولم يأذن له الضامن الأول . رجع على المضمون عنه ، ولم يرجع على الضامن . لأنه إنما يرجع على من أذن له ، دون غيره .

٣٥٣٤ (فصل) إذا كان له ألف على رجلين ، على كل واحد منهما نصفه . وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فأبرأ الغريم أحدهما من الألف برىء منه ، وبرىء صاحبه من ضمانه ، وبقي عليه خمسمائة ، وإن قضا أحدهما خمسمائة ، أو أبرأه الغريم منها ، وعين القضاء بلفظه ، أو بيّنه عن الأصل ، والضمان ، انصرف إليه ، وإن أطلق احتمال أن له صرفها إلى ما شاء منهما ، كن أخرج زكاة نصاب ، وله نصابان : غائب ، وحاضر ، كان له صرفها إلى ما شاء منهما . واحتمل أن يكون نصفها عن الأصل ، ونصفها عن الضمان ، لأن ، إطلاق القضاء ، والإبراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته ، فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء : لفظ القاضي ، ونيتته . وفي الإبراء : لفظ المبرىء ونيتته ، ومتى اختلفوا في ذلك ، فالقول قول من المعتبر لفظه ونيتته .

٣٥٣٥ (فصل) ولو ادعى ألفاً على حاضر ، وغائب ، وأن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فاعترف الحاضر بذلك ، فله أخذ الألف منه ، فإذا قدم الغائب ، فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه ، وإن أنكر فالقول قوله مع يمينه ، وإن أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فإن قامت عليه يمينه فاستوفى الألف منه لم يرجع على الغائب بشيء . لأنه بانكاره معترف : أنه لا حق له عليه . وإنما المدعى ظلمه ، وإن اعترف الغائب ، وعاد الحاضر عن إنكاره ، فله أن يستوفى منه ، لأنه يدعى عليه حقاً يعترف له به ، فكان له أخذه منه . وإن لم يقم على الحاضر يمينه حلف وبرىء ، فإذا قدم الغائب ، فأنكر أيضاً ، وحلف برىء ، وإن اعترف لزمه دفع الألف : وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يلزمه إلا خمس المائة الأصلية ، دون المضمونة ، لأنها سقطت عن المضمون عنه بيمينه ، فسقط عن ضمانه .

ولنا : أنه يعترف بها ، وغريمه يدعيها ، واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ، ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ، ولهذا لو قامت عليه يمينه بعد يمينه لزمه ولزم الضامن .

٣٥٣٦ (فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين ، فأنكر المضمون له ، ولا يبيّنه له . فالقول قول المضمون له . لأنه ادعى تسليم المال إلى من لم يأمنه . فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة من شاء منهما ، فإن رجع على المضمون عنه ، فهل يرجع الضامن بما قضا عنه ؟ نظرنا : فإن لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه ، وإن اعترف له بالقضاء ، وكان قد قضى بغير يمينه في غيبة المضمون عنه ، لم يرجع بشيء ، سواء صدقه المضمون عنه ، أو كذبه . لأنه أذن له في قضاء مبرىء ، ولم يوجد ، وإن قضا بيمينه ثبت بها الحق ، لكن إن كانت ميتة ، أو غائبة ، فللضامن الرجوع على المضمون عنه ، لأنه معترف : أنه ما قصر

ولا فرط ، وإن قضاء بيئنة مردودة ، بأمر ظاهر ، كالسكر ، والفسق الظاهر . لم يرجع الضامن ، لتفريطه ، لأن هذه البيئنة كمدما ، وإن رُدَّتْ بأمر خفي ، كالفسق الباطن ، أو كانت الشهادة مختلفاً فيها ، مثل أن أشهد عبيد ، أو شاهداً واحداً فردَّتْ لذلك ، أو كان ميّناً أو غائباً احتمل أن يرجع ، لأنه قضى بيئنة شرعية ، والجرح ، والتعديل ليس إليه ، واحتمل أن لا يرجع ، لأنه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وإن قضى بغير بيئته بمحضرة المضمون عنه ففيه وجهان :

أحدهما : يرجع . وهو مذهب الشافعي ، لأنه إذا كان حاضراً كان الاحتياط إليه . فإذا ترك التحفظ وهو حاضر ، فهو المفرط دون الضامن .

والثاني : لا يرجع . لأنه قضى قضاء لا يبرئ ، فأشبه ما لو قضى في غيبته ، فأما إن رجع المضمون له على الضامن ، فاستوفى منه مرة ثانية ، رجع على المضمون عنه بما قضاء ثانياً ، لأنه أبرأ به ذمته ظاهراً ، قال القاضي : ويحتمل أن له الرجوع بما قضاء أولاً ، دون الثاني ، لأن البراءة حصلت به في الباطن ، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ، وجه ثالث : أنه لا يرجع بشيء بحال لأن الأول ما أبرأ ظاهراً ، والثاني ما أبرأ باطناً .

ولنا : أن الضامن أدى عن المضمون عنه بإذنه ، إذا أبرأ ظاهراً ، وباطناً ، فرجع به . كما لو قامت به البيئنة . والوجه الأول أرجح . لأن القضاء المبرئ في الباطن ما أوجب الرجوع . فيجب أن يجب بالباقي المبرئ في الظاهر ، وإن اعترف المضمون له بالقضاء ، وأنكر المضمون عنه ، لم يلتفت إلى إنكاره ، لأن ما في ذمته حق المضمون له . فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار الضامن ، فيجب أن يقبل إقراره ، لسكونه إقراراً في حق نفسه ، ويحتمل أن لا يقبل ، لأن الضامن مدّع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه . فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه ، فلا يقبل ، والصحيح الأول ، وشهادة الإنسان على فعل نفسه صحيحة ، كشهادة الرضعة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبه ابن الحارث .

٣٥٣٧ (فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار . لأن الخيار جعل ليُعرف ما فيه الخطأ ، والضمين ، والكفيل على بصيرة : أنه لاحظ لها . ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول ، فلم يدخله خيار كالنذر ، وبهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . ولأنهم عن أحد خلافهم . فإن شرط الخيار فيهما ، فقال القاضي : عندي أن الكفالة تبطل ، وهو مذهب الشافعي . لأنه شرط ما ينافي مقتضاها ، ففسدت ، كما لو شرط أن لا يؤدي ما على المكفول به ، وذلك لأن مقتضى الضمان ، والكفالة لزوم ما ضمنه ، أو كفله به ، والخيار ينافي ذلك ، ويحتمل أن يبطل الشرط ، ونصح الكفالة ، كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع ، ولو أقر بأنه

كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة ، وبطل الشرط ، لأنه وصل بإقراره ما يبطله . فأشبهه استثناء الكل .

٣٥٣٨ (فصل) وإذا ضمن رجل ألفاً ضماناً مشتركاً^(١) ، فقالا : ضميماً لك الألف الذي على زيد ، فكل واحد منهم ضامنٌ لمصفه ، وإن كانوا ثلاثة : فكل واحد منهم ضامنٌ لثلاثة ، فإن قال واحد منهم : أنا وهذان ضامنون لك الألف ، فسكت الآخران . فعليه ثلث الألف ، ولا شيء عليهما . وإن قال : كل واحد مئتماً ضامن لك الألف ، فهذا ضمان اشتراك وانفراد ، وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله إن شاء ، وإن أدى أحدهم الألف كله أو حصته لم يرجع إلا على المضمون عنه ، لأن كل واحد منهم ضامن أصلي . وليس بضامن عن الضامن الآخر .

٣٥٣٩ « مسألة » قال ﴿ ومن كفل بنفسٍ لزمه ما عليها إن لم يُسلمها ﴾ .

وجملة ذلك : أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر أهل العلم ، هذا مذهب شريح ، ومالك ، والنوري ، والليث ، وأبي حنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله : الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه ، فمنهم من قال : هي صحيحة قولاً واحداً . وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس ، وإن كانت ثابتة بالإجماع ، والأثر ، ومنهم من قال : فيها قولان : أحدهما : أنها غير صحيحة ، لأنها كفالة بغيرين ، فلم تصح . كالـ كفالة بالوجه ، وبدن الشاهدين .

ولنا : قول الله تعالى (١٢ : ٦٦) قَالَ لَنْ أَرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُوا مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُخَاطَبَ بِكُمْ) ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة ، كالمال .

إذ ثبت هذا فإنه متى تمذّر على الكفيل إحضار المكفول به مع حياته ، أو امتنع من إحضاره لزمه ما عليه ، وقال أكثرهم لا يفترم .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « الزَّعِيمُ غَارِمٌ » ولأنها أحد نوعي الكفالة ، فوجب بها الفترم ، كالـ كفالة بالمال .

٣٥٤٠ (فصل) وإذا قال : أنا كفيل بفلان ، أو بنفسه ، أو ببدنه ، أو بوجهه . كان كفيلاً به . وإن كفل برأسه ، أو كبده ، أو جزء لا تبقى الحياة بدونه ، أو بجزء شائع منه ، كثلثه ، أو ربه . صحّت الكفالة ، ولأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كله ، وإن تكفل بعضو تبقى الحياة بعد زواله ، كبده ، ورجله ، ففيه وجهان :

أحدهما : تصح الكفالة ، وهو قول أبي الخطاب ، وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأنه لا يمكنه

(١) في الأصول : ضمان اشتراط ، بالطاء ، وهو تصحيف لم ينبه عليه في الخطأ والصواب .

إحضار هذه الأعضاء على صفتها ، إلا بإحضار البدن كله . فأشبه الكفالة بوجهه ، ورأسه . ولأنه حكم بتملّقى بالجملة ، فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض ، كالإطلاق ، والعناق .

والثانى : لا يصحّ ، لأنه يمكن إحضاره بدون الجملة مع بقائها ، وقال القاضى : لا تصحّ الكفالة ببعض البدن . ولا تصحّ إلا فى جميعه ، لأنّ ما لا يسرى لا يصحّ إذا خصّ به عضو ، كالبيع ، والإجارة .

٣٥٤١ (فصل) وتصحّ الكفالة ببدن كلّ من يلزم حضوره فى مجلس الحكم ، بدين لازم ، سواء كان الدين معلوماً ، أو مجهولاً ، وقال بعض أصحاب الشافعى : لا تصحّ بمن عليه دين مجهول ، لأنه قد يتعذر إحضار المكفول به ، فيلزمه الدين ، ولا يمكن طلب منه لجهله .

وانسا : أنّ الكفالة بالبدن لا بالدين ، والبدن معلوم ، فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ، ولأنّنا قد تبيننا أنّ ضمان المجهول يصحّ ، وهو التزام المال ابتداء ، فالكفالة التى لا تتعلّق بالمال ابتداءً أولى ، وتصحّ الكفالة بالصبيّ ، والمجنون لأنّهما قد يجب إحضارهما بمجلس الحكم للشهادة عليهما بالإتلاف ، وإذن وليّهما يقوم مقام إثنين . وتصحّ الكفالة ببدن المحبوس ، والغائب ، وقال أبو حنيفة : لا تصحّ . ولنا : أنّ كلّ وثيقة صحّت مع الحضور صحّت مع الغيبة ، والمحبس كالرهن ، والضمان . ولأنّ الحبس لا يمنع من النسيام ، لسكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم ، أو أمر من حبسه ، ثم يمهده إلى الحبس بالحقين جميعاً : والغائب يمضى إليه فيحضره ، إن كانت الغيبة غير منقطعة ، وهو أن يعلم خبره ، فإن لم يعلم خبره لزمه ما عليه . قاله القاضى ، وقال فى موضع آخر : لا يلزمه ما عليه حتى تمضى مدّة يمكنه الردّ فيها فلا يفعل .

٣٥٤٢ (فصل) ولا تصحّ الكفالة ببدن من عليه حدّ ، سواء كان حقّاً لله تعالى ، كحدّ الزنا ، والسرقة ، أو لآدمي ، كحدّ القذف ، والقصاص ، وهذا قول أكثر أهل العلم . منهم شريح والحنبل ، وبه قال إسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وبه قال الشافعى فى حدود الله تعالى ، واختلاف قوله فى حدود آدمي ، فقال فى موضع : لا كفالة فى حدود آدمي ، ولا إيمان . وقال فى موضع : تجوز الكفالة بمن عليه حقّ ، أو حدّ . لأنه حقّ لآدمي ، فصحّت الكفالة به . كسائر حقوق الآدميين .

وانسا : ما روى عن عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جدّه ، عن النبی صلى الله عليه وسلم أنّه قال : « لا كفالة فى حدّ » ولأنه حدّ ، فلم تصحّ الكفالة فيه ، كحدود الله تعالى . ولأنّ الكفالة استيفاء ، والحدود مبناها على الإسقاط ، والدرء بالشبهات ، فلا يدخل فيها الاستيفاء ، ولأنّ له حقّ

لا يجوز استيفاءه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به ، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه . كحد الزنا .

٣٥٤٣ (فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة ، لأن الحضور لا يلزمه ، فلا تجوز الكفالة به ، كدين الكتابة .

٣٥٤٤ (فصل) وتصح الكفالة حالة ، ومؤجلة ، كما يصح الضمان حالاً ، ومؤجلاً ، وإذا أطلق كانت حالة ، لأن كل عقد يدخله الحلول اقتضى إطلاقه الحلول ، كالثمن ، والضمان ، فإذا تكفل حالاً كان له مطالبة إحضاره ، فإن أحضره ، وهناك يد حالة ظالة ، لم يبرأ منه ، ولم يلزم المكفول له تسلمه ، لأنه لا يصلح له غرضه ، وإن لم تكن يد حالة لزمه قبوله ، فإن قبله برىء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى : لا يبرأ حتى يقول : قد برئت إليك منه ، أو قد سلمته إليك ، أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الأول . لأنه عقد على عمل ، فبرىء منه بالعمل المقود عليه ، كالإجارة ، فإن امتنع من تسلمه برىء ، لأنه أحضر ما يجب تسليمه عند غريمه ، وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه ، فبرىء منه ، كالمسلم فيه ، وقال بعض أصحابنا : إذا امتنع من تسلمه أشهد على امتناعه رجلين ، وبرىء . لأنه فعل ما وقع العقد على فعله ، فبرىء منه ، وقال القاضي : يرفعه إلى الحاكم ، فيسلمه إليه ، فإن لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على إحضاره ، وامتناع المكفول له من قبوله ، والأول أصح ، فإنه مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى نائبه ، كحاكم أو غيره .

وإن كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الأجل ، كالدين المؤجل ، فإذا حل الأجل ، فأحضره ، وسلمه برىء ، وإن كان غائباً ، أو مرتدداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي إليه ، وإعادته ، وقال ابن شبرمة : يحبس في الحال . لأن الحق قد توجه عليه .

ولنا : أن الحق يعتبر في وجوب أدائه إمكان التسليم ، وإن كان حالاً كالدين . فإذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ، ولم يحضره ، أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره ، أو امتنع من إحضاره مع إمكانه أخذ بما عليه ، وقال أصحاب الشافعي : إن كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه ، لم يطالب الكفيل بإحضاره ، ولم يلزمه شيء ، وإن امتنع من إحضاره مع إمكانه ، حبس . وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى ، وإن أحضر المكفول به قبل الأجل ، ولا ضرر في تسليمه ، لزمه . وإن كان فيه ضرر ، مثل أن تكون حجة الغريم غائبة ، أو لم يكن يوم مجلس الحاكم ، أو الدين مؤجل عليه ، لا يمكن اقتضاؤه منه ، أو قد وعده بالإظهار في تلك المدة ، لم يلزمه قبوله ، كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله .

٣٥٤٥ (فصل) وإذا عين في الكفالة تسليمه في مكان ، فأحضره في غيره ، لم يبرأ من الكفالة .

(م ٥٣ - المقي - راجع)

وبه قال أبو يوسف ، ومحمد . وقال القاضى : إن أحضره بمكان آخر من البلد ، وسلمه ، برىء من الكفالة . وقال بعض أصحابنا : متى أحضره فى أى مكان كان ، وفى ذلك الموضع سلطان ، برىء من الكفالة ، لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ، ويمكن إثبات الحجّة فيه . وقيل : إن كان عليه ضرر فى إحضاره بمكان آخر ، لم يبرأ الكفيل بإحضاره فيه ، وإلا برىء ، كقولنا فيما إذا أحضره قبل الأجل ، ولأصحاب الشافعى اختلاف على نحو ما ذكرنا .

ولنا : أنه سلم ما شرط تسليمه فى مكان فى غيره فلم يبرأ ، كما لو أحضر المسلم فيه فى غير هذا الموضع الذى شرطه ، ولأنه قد سلم فى موضع لا يقدر على إثبات الحجّة فيه ، لغيبه شهوده ، أو غير ذلك ، وقد يهرب منه ، ولا يقدر على إمساكه ، ويفارق ما إذا أحضره قبل الأجل ، فإنه عجّل الحق قبل أجله ، فزاده خيراً ، فإذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله ، وإن وقعت الكفالة مطلقاً وجب تسليمه فى مكان العقد ، كاسلم ، فإن سلمه فى غيره فهو كتسليمه فى غير المكان الذى عيّنه ، وإن كان المكفول به محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسلمه محبوساً . لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه ، وإن كان محبوساً عند الحاكم ، فسلمه إليه محبوساً لزمه تسلمه . لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه . وإذا طالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه ، وحكم بينهما ، ثم رده إلى الحبس ، وإن توبّه عليه حق المكفول له حبسه بالحق الأول ، أو حق المكفول له .

٣٥٤٦ (فصل) وإن كفّل إلى أجل مجهول لم تصحّ الكفالة ، وبهذا قال الشافعى ، لأنه ليس له وقت يستحقّ مطالبته فيه ، وهكذا الضمان ، وإن جمعه إلى الحصاد ، والجزاز ، والعطاء ، خرّج على الوجهين ، كالأجل فى البيع ، والأولى صحّتها هنا ، لأنه تبرّع من غير عوض ، جمل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه ، فصحّ كالنذر . وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة ، وقد روى مهنا عن أحمد فى رجل كفّل رجلاً آخر ، فقال : إن جئتُ به وقت كذا وإلا فما عليه على فقال : لا أدري . ولكن إن قال : ساعة كذا لزمه ، فنصّ على تعيين الساعة ، وتوقّف عن تعيين الوقت ، ولعله أراد وقتاً متسعاً ، أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ، ونحوه . فأما إن قال : وقت طلوع الشمس ونحو ذلك ، صحّ . وإن قال : إلى الغد ، أو شهر كذا ، تملّق بأوله ، على ما ذكرنا فى السلم .

٣٥٤٧ (فصل) وإذا تكفّل برجل إلى أجل إن جاء به فيه وإلا لزمه ما عليه صحّ . وبه قال أبو حنيفة ، وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن ، والشافعى لا تصحّ الكفالة ، ولا يلزمه ما عليه . لأنّ هذا تعليق الضمان بخاطر ، فلم يصحّ ، كما لو علّقه بقدوم زيد .

ولنا : أن هذا موجب الكفالة ، ومقتضاها ، فصحّ اشتراطه ، كما لو قال : إن جئتُ به فى وقت كذا

وإلا فلك حبسى ، ومبني الخلاف ههنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة . وقد دللنا عليه ، وأما إن قال : إن جئتُ به في وقت كذا وإلا فأنا كفيل بيدن فلان ، أو فأنا ضامن لك مالك على فلان ، أو قال : إذا جاء زيد فأنا ضامن لك ما عليه ، أو إذا قدم الحاج فأنا كفيل بفلان ، أو قال : أنا كفيل بفلان شهراً ، فقال القاضي : لا تصح الكفالة . وهو مذهب الشافعي ، ومحمد بن الحسن . لأن ذلك خطر ، فلم يحز تعليق الضمان ، والكفالة به ، كجنى المطر ، وهبوب الريح ، ولأنه إثبات حق لآدمي معين ، فلم يحز تعليقه على شرط ، ولا توقيته كالمهبة ، وقال الشريف أبو جعفر . وأبو الخطاب : تصح . وهو قول أبي حنيفة ، وأبي يوسف ، لأنه أضاف الضمان إلى سبب الوجود ، فيجب أن يصح كضمان الدرك . والأول أقيس ، فإن قال : كفلت بفلان إن جئتُ به في وقت كذا ، وإلا فأنا كفيل بفلان ، أو ضامن للمال الذي على فلان ، لم يصح فيهما ، عند القاضي ، لأن الأول مؤقت ، والثاني معلق على شرط . وقال أبو الخطاب : يصح فيهما ، فأما إن قال : كفلتُ بأحدهذين الرجلين ، لم يصح في قولهم جميعاً ، لأنه غير معلوم في الحال ، ولا في المال .

٣٥٤٨ (فصل) فإن قال : كفلت بيدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل ، أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح . لأنه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به . فيكون فاسداً ، وتفسد الكفالة به . ويحتمل أن تصح الكفالة ، لأنه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل إليه ، فعلى هذا : لا تلزمه الكفالة ، إلا أن يبرىء المكفول له الكفيل الأول . لأنه إنما كفل بهذا الشرط ، فلا تثبت كفالته بدون شرطه ، وإن قال : كفلت لك بهذا الغريم ، على أن تبرئني من الكفالة بفلان ، أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر ، أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان ، خرج فيه الوجهان ، والأولى : أنه لا يصح . لأنه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح ، كالبيع بشرط فسخ بيع آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان : أن يكفل المكفول له ، أو المكفول به : بآخر ، أو يضمن ديناً عليه ، أو يبيعه شيئاً عينه ، أو يؤجره داره ، لم يكن يصح لما ، ذكرنا .

٣٥٤٩ (فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح . وأيتهم قضى الدين برى الآخران ، لما ذكرنا في الصمان . وإن سلم المكفول به نفسه برى كفيلاه ، لأنه أتى بما يلزم الكفيلين ، وهو إحضار نفسه ، فبرئت ذمتها ، كما لو قضى الدين ، وإن أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر . لأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء ، فلم تنحل الأخرى ، كما لو أبرأ أحدهما ، أو انفك أحد الرهنين من غير قضاء الحق ، وفارق ما إذا سلم المكفول به نفسه . لأنه أصل لها . فإذا برى الأصل مما تكفل به عنه ، برى فرعاه ،

وكل واحد من الكفيلين ليس بفرعٍ للآخر . فلم يبرأ ببراءته ، ولذلك لو أبرىء المكفول به برىء كفيله ، ولو أبرىء أحد الكفيلين برىء وحده دون صاحبه .

٣٥٥٠ (فصل) ولو تكفل واحد لائنين ، فأبرأ أحدهما ، أو أحضره عند أحدهما ، لم يبرأ من الآخر . لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقد بين ، فقد التزم إحضاره عند كل واحد منهما . فإذا أحضره عند واحد برىء منه ، وبقي حق الآخر ، كما لو كان في عقدين . وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه .

٣٥٥١ (فصل) وتفترق صحة الكفالة إلى رضى الكفيل ، لأنه لا يلزمه الحق ابتداءً إلا برضاه . ولا يعتبر رضى المكفول له . لأنها وثيقة له ، لا قبض فيها ، فصحت من غير رضاه فيها ، كالشهادة ، ولأنها التزام حق له من غير عوض ، فلم يعتبر رضاه فيها ، كالفذر ، فأما رضاه المكفول به ففيه وجهان : أحدهما : لا يعتبر كالضمان .

والثاني : يعتبر . وهو مذهب الشافعي . لأن مقصودها إحضاره . وإن تكفل بغير إذنه لم يلزمه الحضور معه . ولأنه يجعل لنفسه حقاً عليه ، وهو الحضور معه من غير رضاه . فلم يجوز . كما لو لزمه الدين ، وفارق الضمان . فإن الضامن يقضى الحق ، ولا يحتاج إلى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين : متى كانت الكفالة بإذنه ، فأراد الكفيل إحضاره لزمه الحضور معه . لأنه شغل ذمته من أجله بإذنه ، فكان عليه تخليصها ، كما لو استعار عبده ، فرهنه بإذنه ، كان عليه تخليصه ، إذا طلبه سيده . وإن كانت الكفالة بغير إذنه نظرنا : فإن طلبه المكفول له منه ، لزمه أن يحضر معه . لأن حضوره حق للمكفول له ، وقد استناب الكفيل في طلبه ، وإن لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه . لأنه لم يشغل ذمته . وإنما الكفيل شغلها باختیار نفسه . فلم يجوز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وإن قال المكفول له : أحضر كفيلك كان توكيلاً في إحضاره ، ولزمه أن يحضر معه ، كما لو وكل أجنبياً ، وإن قال : أخرج من كفالتك : احتمل أن يكون توكيلاً في إحضاره ، كالألفظ الأول ، ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه ، فلا يكون توكيلاً ، فلا يلزمه الحضور معه .

٣٥٥٢ (فصل) وإذا قال رجل لآخر : اضمن عن فلان ، أو اكفل بفلان ففعل . كان الضمان ، والكفالة لازمين للمباشر ، دون الأمر . لأنه كفل باختيار نفسه . وإنما الأمر إرشاد ، وحث على فعل خير ، فلم يلزمه به شيء .

٣٥٥٣ « مسألة » قال ﴿ فإن مات برىء للتكفل ﴾

وجملته : أنه إذا مات المكفول به سقطت الكفالة ، ولم يلزم الكفيل شيء . وبهذا قال شريح ،

والشعبيّ، وحمّاد بن أبي سليمان، وأبو حنيفة، والشافعيّ، وقال الحكم، ومالك، والليث: يجب على الكفيل غُرم ما عليه. وحُكي ذلك عن شريح. لأن الكفيل وثيقة بحق. فإذا تعذّرت من جهة مَنْ عليه الدين استوفى من الوثيقة، كالرهن. ولأنّه تعذّر إحضاره، فلزم كفيله ما عليه، كما لو غاب.

ولنا: أن الحضور سقط عن المكفول به، فبرىء الكفيل، كما لو برىء من الدين. ولأنّ ما التزمه من أجله سقط عن الأصل، فبرىء الفرع، كالضامن إذا قضى المضمون عنه الدين، أو أبرىء منه، وفارق ما إذا غاب، فإنّ الحضور لم يسقط عنه. ويفارق الرهن، فإنّه علّق به المال، فاستوفى منه.

٣٥٥٤ (فصل) إذا قال الكفيل: قد برىء المكفول به من الدين، وسقطت الكفالة، أو قال: لم يكن عليه دين حين كفّلتّه، فأنكر المكفول له، فالقول قوله، لأنّ الأصل صحة الكفالة، وبقاء الدين، وعليه اليمين، فإنّ نسكّل قضى عليه، ويحتمل أن لا يُستحلف فيما إذا ادّعى الكفيل أنّه تكفل بمن لا دين عليه، لأنّ الكفيل مكذّب لنفسه فيما ادّعاه، فإنّ من كفّل بشخصٍ معترفٍ بدينه في الظاهر والأول أولى، لأنّ ما ادّعاه محتمل.

٣٥٥٥ (فصل) وإذا قال المكفول له لا أكمل: أبرأتك من الكفالة برىء، لأنّه حقّه، فيسقط بإسقاطه، كالدين. وإن قال: قد برئت إلىّ منه. أو قدرّد ذنّه إلىّ برىء أيضاً. لأنه معترف بوفاء الحقّ فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان، وكذلك إذا قال: برئت من الدين الذي كفّلت به. وبرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به. ولا يكون إقراراً بقبض الحقّ. وهذا قول محمد بن الحسن، وقيل: يكون إقراراً بقبض الحقّ فيما إذا قال: برئت من الدين الذي كفّلت به، والأول أصحّ. لأنه يمكن براءته بدون قبض الحقّ بإبراء المستحقّ، أو موت المكفول به، فأما إن قال المكفول به: أبرأتك ممّا لي قبلك من الحقّ، أو برئت من الدين الذي قبلك. فإنّه يبرأ من الحقّ وتزول الكفالة. لأنّه لفظ يقتضى العموم في كلّ ما قبله. وإن قال: برئت من الدين الذي كفّل به فلان برىء، وبرىء كفيله.

٣٥٥٦ (فصل) وإذا كان لذمّي على ذمّيّ آخر، فكفّل به ذمّيّ آخر، ثم أسلم المكفول له، أو المكفول عنه، برىء الكفيل، والمكفول عنه. وقال أبو حنيفة: إذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما، ويلزمهما قيمة الخمر. لأنّه كان واجباً، ولم يوجد إسقاط، ولا استيفاء، ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقّه، فبقى بحاله.

ولنا: أن المكفول به مسلم، فلم يجب عليه الخمر، كما لو كان مسلماً قبل الكفالة. وإذا برىء المكفول به برىء كفيله، كما لو أدّى الدين، أو أبرأه منه. ولأنّه لو أسلم المكفول له برئاً جيمعاً، وكذلك

إذا أسلم المكفول به . وإن أسلم الكفيل وحده يرى من الكفالة ، لأنه لا يجوز وجوب الحر عليه ، وهو مسلم .

٣٥٥٧ (فصل) فإذا قال : أعط فلاناً ألفاً ، ففعل ، لم يرجع على الأمر ، ولم يكن له ذلك كفالةً ، ولا ضماناً ، إلا أن يقول : أعطه عني . وقال أبو حنيفة : يرجع عليه إذا كان خليطاً له ، لأن العادة أن يستقرض من خليطه .

ولنا : أنه لم يقل أعطه عني ، فلم يلزمه الضمان ، كما لو لم يكن خليطاً ، ولا يلزم إذا كان له عليه مال ، فقال : أعطه فلاناً حيث يلزمه ، لأنه لا يلزمه لأجل هذا القول ، بل لأن عليه حقاً يلزمه أداؤه .

٣٥٥٨ (فصل) إذا كانت السفينة في البحر ، وفيها متاع ، نجيف غرقها ، فألقى بعض من فيها متاعه في البحر لتخف . لم يرجع به على أحد ، سواء ألقاه محتجباً بالرجوع ، أو متبرعاً . لأنه أتلّف مال نفسه باختياره من غير ضمان ، فإن قال له بعضهم : ألقى متاعك ، فألقاه ، فكذلك ، لأنه لا يكرهه على إلقائه ، ولا صين له ، وإن قال : ألقه وعلى ضمانه ، فألقاه ، فعلى القائل ضمانه ، ذكره أبو بكر ، لأن ضمان مالم يجب صحيح . وإن قال : ألقه وأنا وركبان السفينة ضمتنا له ، ففعل ، فقال أبو بكر : يضمّن القائل وحده ، إلا أن يتطوّع بقيتهم ، قال القاضي : إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلا ضمان حصته ، لأنه لم يضمّن الجميع ، إنما ضمن حصته ، وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره . فلزمته حصته . ولم يقبل قوله في حقّ الباقيين ، وإن كان ضمان اشتراك ، وانفراد ، بأن يقول : كل واحد منّا ضامن لك متاعك ، أو قيمته . لزم القائل ضمان الجميع ، وسواء قال هذا والباقيون يسممون ، فسكتوا ، أو قالوا : لا نفعل ، أو لم يسمموا ، لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق .

٣٥٥٩ (فصل) قال مهنا . سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم ، فأقام بها كفيلين ، كل واحد منهما كفيل ، ضامن ، فأتيهما شاء أخذه بحمته . فأحال ربّ المال عليه رجلاً بحقه ؟ فقال : يبرأ الكفيلان ، قلت : فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً ؟ قال : لا شيء له ، ويذهب الألف .

انتهى الجزء الرابع من كتاب المغنى لابن قدامة ويليّه الجزء الخامس . وأوله : كتاب الشركة

وكان تمامه في الخامس عشر من ذي القعدة سنة ١٣٨٨ هـ الموافق الثاني من

فبراير سنة ١٩٦٩ م نسأل الله أن ينتفع به ويوفق إلى إتمام

ما بعده إنه سميع الدعاء وهو نعم المولى

ونعم النصير

طه الزيني

فهرست الجزء الرابع من كتاب المغنى لابن قدامة

صفحة

- ٣ باب الربا والعرف - الربا على ضربين : ربا الفضل وربا النسيئة
- ٤ لا يجوز التفاضل فيما كيل أو وزن إذا كان جنسا واحدا . واختلف أهل العلم فيما عداها
- ٥ علة تحريم الربا في الذهب والفضة والمكيل والموزون
- ٧ لا يجوز بيع التمرة بالتمر ولا الحفنة من التمر بمثلها - حكم مالا وزن للصناعة فيه
- ٨ يجرى الربا في لحم الطائر - يجوز بيع الجيد والردى والتبر والصحيح والمكسر بمثلها
- كل ما حرم فيه التفاضل حرم فيه النساء - يجوز التفاضل فيما كانت من جنس حالا
- ٩ غير مؤجل
- ١٠ لا يجوز التفريق قبل القبض في بيع الربويات . يجوز التفاضل فيما لا يكال ولا بوزن يدا بيد
- ١١ أقوال العلماء في ذلك
- ١٢ لا يباع الرطب باليابس من جنس واحد إلا العرايا
- حكم بيع الرطب والعنب ونحوها بمثلها - لا يباع ما أصله السكيل بشيء من جنسه ولا ما
- ١٣ أصله الوزن كيلا
- ١٤ لا يجوز بيع الجزاف في الجنس الواحد - حكم بيع ما يشترط فيه التماثل
- لا يجوز بيع الصبرة بالصبرة ما لم يعلم مقدار كل منهما - يجوز قسم السكيل وزنا ،
- ١٥ والموزون كيلا وقسم الثمار خرصا
- ١٦ المرجع في معرفة السكيل والموزون العرف
- ١٧ الدقيق والسويق مكيلان - اللبن وغيره من المائعات مكيلات
- التمر كلها جنس وإن اختلفت أنواعها - المشترك في الاسم الخاص من أصليين
- ١٨ مختلفين جنسان
- قد يكون الجنس الواحد مشتملا على جنسين - حكم بيع التمر بالتمر - لا يجوز بيع التمر
- ١٩ بشيء من الدبس والخل والقطارة

صفحة

- ٢٠ البر والشعير جنسان — حكم الخنطة وفروعها من جهة بيع بعضها ببعض
- ٢١ يجوز بيع كل واحد من الدقيق والسويق بنوعه متساويا
- الحكم في الشعير وسائر الحبوب كالحكم في الخنطة — حكم بيع الخنطة والمصنوع منها بغيرها
- ٢٣ أنواع اللحم وحكم بيع بعضها ببعض — اللحم والشحم جنسان
- ٢٤ هل اللبن جنس واحد أو أجناس مختلفة — يتفرع من اللبن قسمان
- ٢٥ لا يجوز بيع اللحم بالحيوان — لا يجوز بيع شيء من مال الربا بأصله
- ٢٧ حكم بيع شيء من المعصرات بنفسه — حكم بيع شيء من الربويات ببعضه ومعهما غير جنسه
- ٢٨ حكم بيع نوعين من جنس بنوع واحد من ذلك الجنس — حكم بيع ما فيه الربا بغير جنسه ومعه من جنس ما بيع به إلا أنه غير مقصود
- ٣٠ يحرم الربا في دار الحرب كتحريمه في دار الإسلام
- ٣٢ حكم شراء الذهب بالفضة
- ٣٣ حكم أخذ أرش العيب والموضان من جنس واحد
- ٣٤ حكم البيع بغير وزن إذا علم المصطرفان قدر الموضين — الدراهم والدنانير تتمعين بالتمعين في النقد
- ٣٥ حكم المصارفة في الذمة — يجوز اقتضاء أحد النقيدين من الآخر
- ٣٧ حكم قضاء الدراهم من الدنانير
- ٣٨ حكم قضاء الدين المؤجل ناقصا مع تمجيله — حكم العيب إذا كان دخيلا من غير جنسه
- ٣٩ المصروف . حكم إنفاق المفشوش من النقود
- ٤٠ متى انصرف المتصارفان قبل التقابض فلا بيع بينهما
- ٤١ لا يجوز التفرق قبل التقابض عند التصارف
- ٤٢ حكم شراء القراض بالدراهم الصحيحة
- ٤٣ الحيل كلها محرمة غير جائزة

صفحة

- لا يجوز دفع دراهم صحيحة أقل من المكسرة في الأثمان — يجوز التصارف بالودائع بشروط —
 ٤٣ لا يجوز بيع تراب الصاغة والمعدن بشيء من جنسه
 ٤٥ حقيقة العرايا التي أرخص فيها رسول الله صلى عليه وسلم . وفيها فصول
 ٤٦ لا يجوز شراء أكثر من خمسة أوسق فيما زاد على صفقة في العرايا
 ٤٧ لا يشترط في بيع العرايا أن تكون موهوبة — تباع العرية بخرصها من التمر
 ٤٨ يشترط في بيع العرايا التقابض في المجلس
 ٤٩ لا يجوز بيع العرايا إلا لاحتاج إلى أكلها رطباً — يشترط في بيع العرية شروط خمسة
 ٥٠ إذا ترك المشتري العرية حتى يتمر رطبها بطل العقد — لا يجوز بيع العرية في غير النخيل
 ٥١ باب بيع الأصول والثمار — ثمرة النخل المؤبر لبائعها
 ٥٢ إلا إذا اشترطها أحد المتبايعين
 ٥٣ إذا أبر بمض النخيل ولم يؤبر بعضه فالمؤبر للبائع وغير المؤبر للمشتري — حكم طلع الفحل
 ٥٤ حكم بيع الشجر إذا كان فيه تمر باد
 ٥٥ حكم الأغصان والورق وسائر أجزاء الشجر — إذا احتاجت الثمرة المبقاة إلى سقى
 ٥٦ إذا خيف الضرر على الأصول ببقية الثمر — إذا حدثت ثمرة غير ثمرة البائع
 ٥٧ إذا باع الأرض وفيها زرع لا يحصد إلا مرة — إذا باع أرضاً وفيها زرع يحز مرة بعد أخرى
 ٥٨ إذا اشترى أرضاً فيها بذر
 ٥٩ إذا باع أرضاً بحقوقها — لا تدخل الأرض في البيع إذا بيع الشجر — إذا قال بعتك هذه
 القرية — إذا باع داراً بحقوقها .
 ٦٠ حكم الحجارة وأساس الحيطان في الأرض المبيعة — حكم المعادن الموجودة في الأرض المبيعة
 كالذهب والحديد ونحوها
 ٦١ إذا كان في الأرض بئر وعين مستنبطة — حكم المياه الجارية والغنى والمصانع
 ٦٢ إذا اشترى الثمرة دون الأصل — حكم بيع الثمرة قبل بدو صلاحها
 ٦٣ حكم بيع الزرع الأخضر في الأرض — الصلح عن الزرع الموجود في الأرض
 ٦٤ حكم شراء نصف الثمرة قبل بدو صلاحها — الفطن ضربان — حكم ترك الثمرة حتى يبدو صلاحها
 ٦٥ حقيقة بيع العينة وحكمه ، حكم شراء التفصيل
 ٦٦

صفحة

- ٦٧ بدو الصلاح في بعض الثمرة صلاح لجميعها
- ٦٨ لا يتبع أحد البساتين غيره في جواز البيع وإن كانا من نوع واحد
- ٦٩ يجوز للمشتري بيع الثمرة في شجرها - علامات بدو صلاح الثمرة
- ٧٠ حكم بيع القثاء والخيار ونحوهما - حكم بيع أصول البقول التي تتكرر ثمرتها - حكم بيع الثمر المستور في الأرض
- ٧١ حكم بيع الجوز واللوز ونحوهما في قشرها - إذا نبت القصيل بعد قطعه
- ٧٢ نفقة الحصاد على المشتري
- ٧٣ حكم اشتراط منفعة المبيع
- ٧٤ حكم بيع العين المستثناه منفعتها
- ٧٥ حكم تعويض المشتري البائع عن منفعة العين المشترط منفعتها
- ٧٦ حكم بيع الدار وإجارتها - حكم اشتراط البائع أنه أولى بالشراء إذا باع المشتري المبيع - إذا باع حائطاً واستثنى منه صاعاً أو نخلة أو شجرة بعينها
- ٧٧ إذا باع شجرة أو نخلة واستثنى أرطالاً - إذا استثنى نخلة أو شجرة بعينها - إذا استثنى جزءاً معلوماً من الصبرة
- ٧٨ إذا قال بعتك قفيزاً إلا مكوكاً - إذا باع قطيعاً واستثنى منه شاة - إذا باع حيواناً ما كولا واستثنى رأسه وسواقطه
- ٧٩ حكم استثناء شحم الحيوان - حكم بيع الجارية الحامل محر
- ٨٠ إذا استثنى الكسب من السمسم - إذا باع بدينار إلا درهماً أو باعه إلا قفيزاً - إذا تلفت الثمرة المشتراة بجائحة من السماء
- ٨٢ إذا بلغت الثمرة أوان الجزاز ولم يحزها حتى اجتاحت - إذا استأجر أرضاً فزرعها فتلف الزرع ، إذا تلف المبيع قبل قبضه
- ٨٤ إذا تعيب المبيع في يد البائع أو تلف بعضه بأمر سواي - إذا باع شاة بشعير فأكلته قبل قبضه - حكم بيع الشاة أو العبد بالطعام
- ٨٥ القبض في كل شيء بحسبه

صفحة

- أجرة السكيا والوزان على البائع - يصح القبض قبل نقد الثمن - حكم أخذ الدنانير بدل
الدرهم ، والدرهم بدل الدنانير ٨٦
- حكم ما لا يجوز بيعه قبل قبضه - حكم ما ملك بمقد يفسخ بهلاكه قبل القبض ٨٧
- حكم الإحالة بالسلم على من عنده سلم ٨٨
- حكم بيع أحد الشريكين نصيبه من الشيء الذى اشتراه لشريكه قبل قسمته - حكم الشركة
والتولية والحوالة ٨٩
- لا يجوز بيع الطعام الذى فى الدمة قبل قبضه ٩١
- حكم الإقالة ، وهل هى فسخ ؟ ٩٢
- حكم بيع من اشترى صبرة الطعام قبل نقلها ٩٣
- حكم غش الصبرة بوضعها على دكة أو نحوها ٩٤
- من عرف مبلغ شيء لم يبعه صبرة ٩٥
- حكم بيع الصبرة إذا أخبر البائع بكيلاها - لو كال طعاما وآخر ينظر إليه ٩٦
- إذا اشترى صبرة على أن كل مكيلة منها بشيء معلوم ٩٧
- إذا قال بعتك من هذه الصبرة كل قفيز بدرهم - إذا باع ما لا تتساوى أجزاؤه ٩٨
- إذا باعه عبداً من عبيدين أو أكثر - حكم الثوب عند البيع حكم الأرض ٩٩
- إذا باعه ثوباً على أنه عشرة أذرع فبان أحد عشر ١٠٠
- إذا اشترى صبرة على أنها عشرة أفقرة فبان أحد عشر - إذا باع الأدهان فى ظروفها جملة -
إذا وجد فى ظرف السمن رُبّاً ١٠١
- باب المصراة وغير ذلك - إذا اشترى مصراة وهو لا يعلم ١٠٢
- إذا رد المصراة بعد حلبها رد بدل اللبن ١٠٣
- إذا علم بالتصرية قبل حلبها - إذا رضى بالتصرية ثم وجد عيباً آخر ١٠٤
- مدة الخيار - لافرق فى التصرية بين الشاة والناقة والبقرة ١٠٦
- إذا اشترى مصراة أو أكثر فى عقد واحد - إذا اشترى مصراة من غير بهيمة الأنعام - ١٠٧
- كل تدليس يختلف الثمن لأجله يثبت الخيار - إذا أراد إمساك المدلس وأخذ الأرض - إذا
اشترى أمة ثيباً فأصابها ثم ظهر على عيب ١٠٨

صفحة

- ١٠٩ خيار الرد بالعيب على التراخي أو على الفور ؟
- ١١١ إذا اشترى أمة مزوجة فوطئها زوجها لم يمنع ذلك الرد بالعيب
- ١١٢ حكم حدوث عيب في المبيع غير عيبه الذي كان فيه عند شرائه
- ١١٤ إذا تعيب المبيع في يد البائع بعد العقد — إذا دلس البائع العيب على المشتري
- ١١٥ فصل في معرفة الميوب
- التيوبة في الأمة ليست عيباً ، والكفر ليس بعيب ، وعدم إحسان الطبخ والخبز ليس بعيب —
- ١١٧ إذا اشترط المشتري في المبيع صفة غير مقصودة
- ١١٨ إذا شرط صفة مقصودة ، فلم يجدها في المبيع
- ١١٩ لا يفترق الرد بالعيب إلى رضا البائع ولا حضوره
- ١٢٠ إذا باع للمعيب ثم أراد أخذ أرشه .
- ١٢١ إذا باع المشتري بمض المعيب ثم ظهر على عيب — إذا اشترى عينين فوجد بإحداها عيباً —
- إذا اشترى اثنان شيئاً فوجده معيباً — إذا ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب — إذا اشترى
- ١٢٢ رجل من رجلين شيئاً فوجده معيباً — إذا اشترى حلى فضة بوزنه دراهم فوجده معيباً
- ١٢٣ إذا ظهر المشتري على عيب بعد إعتاق الجارية أو موتها في ملكه
- إذا استغل المشتري المبيع أو تصرف فيه قبل علمه بالعيب ، إذا علم بعيب العبد بمسند إياقه ،
- ١٢٤ إذا أعتق عبداً ثم علم بعيبه
- ١٢٥ إذا تولى البيع وكيل البائع ثم ظهر المشتري على عيب
- إذا اختلف على بكارة الجارية وثبوتها — إذا رد المشتري المبيع بعيب ، فأنكر البائع كونها
- ١٢٦ سلعتة — إذا اشترى شيئاً ما كوله في جوفه فوجده فاسداً
- ١٢٧ إذا اشترى ثوباً ففشمه فوجده معيباً — إذا اشترى ثوباً فصبغة ثم ظهر على عيب
- ١٢٨ حكم بيع العبد الجاني
- ١٢٩ حكم المرتد حكم القاتل في صحة بيعه — مال العبد المبيع للبائع
- ١٣٠ إذا اشترى عبداً واشترط ماله ، ثم رده بعيب
- ١٣١ لا يملك العبد شيئاً إذا لم يملكه سيده
- ١٣٢ من باع سلعة بنسيئة لم يحز أن يشتريها بأقل مما باعها به

صفحة	
١٣٣	إذا اشترى السلعة بعرض أو كان بيعها بعرض فاشترها بنقد
١٣٤	مسألة العينة — إذا باع سلعة بنقد ثم اشترها بأكثر منه نسيئة
١٣٤	من باع طعاماً بأجل ثم أخذ بدله طعاماً قبل قبض الثمن
١٣٥	من باع حيواناً أو غيره بالبراءة من كل عيب
١٣٦	حكم بيع المراجعة
١٣٧	حكم الإخبار بثمن السلعة إذا لم تغير ، أو إذا حط من ثمنها شيئاً
١٣٨	إذا اشترى شيئين صفقة واحدة
١٣٩	حكم بيع الشيء المشتري بثمن مؤجل بطريق المراجعة
١٤٠	إذا اشترى شيئاً بثمن ثم باعه بربح ، ثم اشتره بأقل مما باعه به ،
	إذا لم يخبر البائع بطريق المراجعة المشتري بما يلزمه الإخبار به — حكم البيع بالرقم —
١٤١	حكم بيع التولية
١٤٢	إذا ادعى البائع بالمراجعة الغلط فيما أخبر به
١٤٣	حكم بيع المواضعة — حكم بيع المساومة
١٤٤	حكم الاختلاف في ثمن المبيع عند البيع بالمراجعة
١٤٦	إذا ظهر أن المبيع تالف
١٤٧	بحكم المقابلة والرد بالعيب بعد قبض الثمن — إذا اختلفا في عين المبيع
١٤٨	إذا اختلفا في صفة الثمن — إذا اختلفا في الأجل أو الرهن — إذا اختلفا فيما يفسد العقد
	إذا مات المتبايعان — إذا اختلفا في التسليم فتمسك كل من البائع والمشتري بقبض
١٤٩	حقه قبل الآخر
	إذا هرب المشتري قبل وزن الثمن — ليس للبائع الامتناع عن تسليم المبيع بعد
١٥٠	قبض الثمن
١٥١	لا يجوز بيع العبد الآبق — ولا الطائر قبل صيده ، ولا السمك في الآجام
١٥٢	حكم بيع السمك في البركة أو المصفاة المعدة للصيد .
	صيد السكب والصقر والفهد — إذا خالف الوكيل فهو ضامن — حكم البيع بغير
١٥٤	إذن المالك

صفحة

لا يجوز بيع غير ما يملك . إذا باع سلامة وصاحبها حاضر ساكت — إذا وكل رجلين في

١٥٥

بيع سلعة

١٥٦

بيع الملامسة والمناذرة — بيع الحصة — بيع المحاقلة والمحاضرة

١٥٧

بيع الحمل بدون أمه ، واللبن في الضرع — بيع المضامين — بيع الصوف على الظهر —

١٥٨

بيع مجهول الصفة — حكم بيع الأعشى وشرائه

١٥٩

حكم بيع عصب الفحل

١٦٠

حكم النجش ، وحقيقته — إذا صدق المشتري البائع ثم بان كذبه

١٦١

حكم سوم المسلم على سوم أخيه

١٦٢

حكم بيع التلجنة — حكم بيع الحاضر للبادي

١٦٣

حكم شراء الحاضر للبادي

١٦٤

حكم تسعير الإمام على الناس — حكم تلقى الركبان

١٦٦

حكم تلقى الجلب في أعلى الأسواق

١٦٧

حكم الاحتكار المحرم ، وما هو ؟ حكم بيع العصير ممن يتخذة خمرًا

١٦٨

حكم بيع السلاح لأهل الحرب أو لقطاع الطريق — حكم بيع الجارية المغنية

١٦٩

لا يجوز بيع الخمر ولا التوكيل في بيعها ولا شرائها — يبطل البيع إذا كان فيه شرطان —

١٧٠

شروط المقد وأقسامها

١٧١

حكم وطء الأمة المشتراة بعقد فاسد

حكم ولد الأمة الموطوءة بشبهة — حكم بيع المشتري المبيع الفاسد — إذا زاد المبيع في

١٧٤

يد المشتري

١٧٥

إذا أتلّف البائع الثمن ثم أفلس — حكم بيع العربون

١٧٦

حكم البيع بشرط المصارفة في الثمن

حكم بيعين في بيعة — حكم البيع بشرط السلف أو القرض — حكم الجمع بين عقدين مختلفي

١٧٧

القيمة بموض واحد

١٧٨

فصل في تفريق الصفقة ، وأقسامه

١٧٩

إذا تلّف بعض المبيع المكمل أو الموزون قبل قبضه — حكم بيع العبد لرجلين صفقة واحدة

- ١٨٠ لا خيار للمشتري فى بيع تفريق الصفقة إذا حكمنا بصحة العقد — حكم أئجار لوصى
- ١٨٠ بحال اليتيم
- ١٨١ يجوز لولى اليتيم إضاع ماله — لا يجوز بيع عقار اليتيم لغير حاجة
- ١٨٢ يجوز لولى اليتيم كتابة رقيق اليتيم — يجوز للوصى شراء أئحية لليتيم
- ١٨٣ إذا كان لولى موسراً فلا يأكل من مال اليتيم — حكم قرض مال اليتيم
- ١٨٤ هل يجوز للوصى الاستئابة فيما يتولى مثله بنفسه — إذا ادعى لولى الإنفاق على الصبي
- ١٨٥ يجوز للوصى البيع على الغائب البالغ — يصح تصرف الصبي المميز بالبيع والشراء فيما أذن له فيه لولى
- ١٨٦ ما استدان العبد فهو فى رقبته
- ١٨٧ حكم تصرفات العبد
- ١٨٨ حكم إقرار العبد بالسرقه
- ١٨٩ حكم بيع الكلب
- ١٩٠ حكم إجارة الكلب — حكم الوصية بالكلب — حكم قتل الكلب المعلم
- ١٩١ ما يباح قتله من الكلاب — ما يجوز اقتناؤه من الكلاب — حكم تربية الجرو الصغير
- ١٩٢ حكم بيع الخنزير والميته والدم — حكم بيع المرجين النجس
- ١٩٣ حكم بيع الفهد والصقر المعلم وبيع الهر
- حكم بيع الفهد والصقر غير المعلم — حكم بيع ما يصاد عليه كالبومة — حكم بيع بيض
- ١٩٤ ما لا يؤكل لحمه من الطير — حكم بيع القرد ، والعلق ، ودود القز
- ١٩٥ حكم بيع النحل — والترياق ، وجلد الميته قبل الدبغ
- ١٩٦ حكم بيع ابن الأدميات ، وبيع رباة مكة وإجارة دورها
- ١٩٧ حكم بيع الأبنية المبنية بآلة مجلوبة من غير أرض مكة وبيع الوقوف والأنقاض
- ١٩٨ حكم بيع المصاحف وشراؤها
- لا يصح شراء الكافر عبداً مسلماً ، ولا توكيل الكافر مسلماً فى شراء مسلم ، ويعتق المسلم
- ١٩٩ على الكافر الذى يشتريه بسبب القرابة ، كالأبوة والأخوة
- حكم إجارة المسلم نفسه لذى لعمل فى ذمته — لا يجوز أن يفرق فى البيع بين كل ذى رحم

صفحة

- ٢٠٠ محرم - يبطل البيع إذا فرق بينهما قبل البلوغ
- ٢٠١ حكم الشراء ممن في ماله حرام وحلال . المشكوك فيه على ثلاثة أضرب
- ٢٠٢ كان أحمد رحمه الله لا يقبل جوائز السلطان وينكر على ولده وعمه قبولها
- ٢٠٣ حكم بيع مياه العيون ونقع البئر - حكم بذل الماء والكلأ والمعدن الذى على قدر كفاية صاحبه
- ٢٠٤ هل يلزمه بذل فضل مائه لزرع غيره - إذا اشترى عهد بمائة قضاها عنه غيره صح
- ٢٠٥ يستحب الإشهاد في البيع
- ٢٠٦ يكره البيع والشراء في المسجد
- ٢٠٧ باب السلم - كل ما ضبط بصفة فالسلم فيه جاز
- ٢٠٨ حكم السلم في الخبز واللبأ وما مسته النار
- ٢٠٩ حكم السلم في النشاب والنبل - حكم السلم في الحيوان
- ٢١٠ حكم السلم في غير الحيوان مما لا يكال ولا يوزن ولا يذرع - السلم في الرؤوس والأطراف
- ٢١١ حكم السلم في الجلود - حكم السلم في اللحم
- ٢١٢ ما يشترط في السلم فيه - أوصاف البر عند السلم فيه ، أوصاف العسل كذلك
- ٢١٣ ما يذكر من أوصاف الحيوان عند السلم فيه ، ما يذكر من أوصاف اللحم
- ٢١٤ ما يذكر من أوصاف السمك - ما يذكر من أوصاف الثياب
- وصف غزل القطن والكتان - ما يذكر من أوصاف النحاس والرصاص والحديد ونحوها -
- ٢١٥ الخشب على أضرب
- ٢١٦ ضوابط الحجارة - ضوابط العنبر - ضبط المسلم فيه بالكيل والوزن والعد
- إذا أسلم وزناً فيما يكال، وكيلاً فيما يوزن - إذا كان المسلم فيه لا يمكن وزنه لثقله - لا بد من
- ٢١٧ تقدير المذروع بالذرع
- ٢١٨ غير المكيل والموزون والحيوان والمذروع - لا بد من تعيين الأجل في السلم
- ٢١٩ إذا جعل الأجل إلى شهر تعلق بأوله
- ٢٢٠ من شرط الأجل أن يكون مدة لها وقع في الثمن
- ٢٢١ لا بد أن يسكون المسلم فيه موجوداً عند أجله - لا يجوز السلم في ثمرة بستان بعينه
- ٢٢٢ لا يشترط كون المسلم فيه موجوداً حال السلم - إذا تعذر تسليم المسلم فيه عند الحل

صفحة

إذا أسلم نصرانى إلى نصرانى فى خر - يقيض الثمن كاملاً وقت السلم قبل التفريق - إذا وجد

٢٢٣

الثن رديئاً فرد به بطل العقد

٢٢٤

إذا خرجت الدراهم مستحقة والثمن معين - إذا عدم شيء من أو صاف السلم السقة

٢٢٥

كل مالين حرم النساء فيهما لا يجوز إسلام أحدهما فى الآخر

٢٢٧

حكم بيع المسلم فيه قبل قبضه - حكم الإقالة منه ، والحوالة به

٢٢٩

إذا أقاله رد الثمن أو مثله - حكم إسلام ثمن واحد فى جنسين

٢٣٠

حكم الإسلام فى شيء واحد على أن يقبضه مشفقاً - حكم قبض المسلم فيه قبل مواعده

٢٣١

إذا أحضر المسلم فيه على غير صفته - إذا جاء بالأجود وطلب زيادة الثمن

٢٣٢

حكم قبض المسكيل والموزون - هل يجوز أن يأخذ المسلم رهناً أو كفيلاً من المسلم إليه ؟

٢٣٣

إذا أخذ الرهن أو الضمين - ما يجوز أخذ الرهن به

٢٣٤

حكم الأعيان المضمونة كالعصوب والموارى

٢٣٥

إذا اختلف المسلم والمسلم إليه فى حصول الأجل - باب القرض

٢٣٦

القرض مندوب إليه - لا يصح القرض إلا من جائز التصرف - لا يثبت فيه خيار -

٢٣٧

للمقرض المطالبة ببذله فى الحال - يجوز قرض المسكيل والموزون

٢٣٨

حكم إقراض بنى آدم

٢٣٩

حكم إقراض الدراهم والدنانير غير معلومة الوزن - حكم قرض الخبز

٢٤٠

كل قرض بشرط أن يزيد به فهو حرام

٢٤١

إذا أقرضه من غير شرط فقضاء خيراً منه فى القدر

إذا شرط أن يقضيه أنقص مما أقرضه - إذا اقترض نصف دينار فدفع إليه المقرض ديناراً نصفه

٢٤٢

قرض ونصفه وديعة

٢٤٣

إقراض المفلس ليسدد دينه الذى أفلس فيه شيئاً فشيئاً - إذا ظهر بعض القرض زائفاً

المقترض يرد المثل فى المثليات - إذا شرط رد مثل القرض فى بلد آخر وكان لعله مؤنة -

٢٤٤

إذا أقرض ذمى ذمياً خرائم أسلمها أو أحدهما

٢٤٥

كتاب الرهن - يجوز الرهن فى الحضر وفى السفر

٢٤٦

الرهن غير واجب - لا يخلو الرهن من ثلاثة أحوال

٢٤٧

لا يصح الرهن إلا أن يسكون مقبوضا من جائز الأمر

إذا حجر على الراهن لفاس قبل التسليم — إذا تصرف الراهن فى الرهن قبل القبض —

٢٤٨

إستدامة القبض شرط لازوم الرهن

٢٤٩

ليس للمرتهن قبض الرهن إلا بإذن الراهن — القبض فى الرهن كالقبض فى البيع

إذا كان رهنه مهما مشاعا — إقباض الدار المرهونه بالنخلة بينهما وبين المرتهن — إذا

٢٥٠

رهنه ماهو عنده عارية أو ودبة أو غصب

٢٥١

يجوز التوكيل فى قبض الرهن — إذا رهنه عينين فتلفت إحداها قبل القبض

٢٥٣

إذا رهنه دارا فانهدمت قبل قبضها — كل عين جاز بيعها جاز رهنها

٢٥٤

يصح رهن بعض نصيبه من المشاع — يصح رهن المرتد والقاتل والجانى

٢٥٥

حكم رهن العبد المدبر — والمسكاتب ، والمعلق عتقه بصفه ، ورهن الجارية دون ولدها

٢٥٦

حكم رهن ما يسرع إليه الفساد — حكم رهن العصير

٢٥٧

حكم رهن الثمرة قبل بدو صلاحها — حكم رهن المصحف

٢٥٨

حكم إستعارته شيئا ليرهنه

٢٥٩

إذا فك المعير الرهن فأدى الدين الذى عليه بإذن الراهن

إذا استعمار عبدا ليرهنه — إذا كان لرجلين عبدان فأذن كل واحد منهما لشريكه فى رهن

٢٦٠

نصيبه — لا يصح رهن مالا يصح بيعه

٢٦١

حكم رهن سواد العراق — لا يصح رهن الجهول — إذا رهن عبدا يعتقه مفضوبا

إذا رهن المبيع فى مدة اختيار — إذا رهن ثمرة شجر يحمل فى السنة حامين — إذا رهن

٢٦٢

المسكاتب من يعق عليه — إذا رهن الوارث تركه الميت

٢٦٣

حكم رهن العبد المسلم عند كافر — حكم اشتراط أن يسكون الرهن على يدى رجل معين

إذا جعل الرهن فى يدى عدلين — حكم نقل الرهن عن يدى العدل — إذا أراد البدل رد

٢٦٤

الرهن على المتراهنين

٢٦٥

إذا شرطا أن يبيع العدل الرهن عند حلول الحق

٢٦٦

إذا أئلف أجنبي الرهن فى يد العدل — إذا أذن للعدل فى بيع الرهن وعينا له نقدا معينا

٢٦٧

لا يجوز بيع الرهن بأقل من ثمنه المقدر — إذا تلف ثمن الرهن فى يد العدل

٢٦٨

إذا ادعى العدل دفع الثمن إلى المرتهن - إذا غصب المرتهن الرهن من العدل
إذا استقرض ذى من مسلم مالا - لا يرهن الوصى مال الموصى إلا من ثقة - حكم أخذ

٢٦٩

الرهن بمال اليتيم
حكم المكاتب حكم ولى اليتيم - حكم استعارة الوصى مال اليتيم المرهون - إذا أدى

٢٧٠

الراهن بعض الحق - إذا أعتق الراهن عبده المرهون

٢٧١

إذا أعتقه بإذن المرتهن

٢٧٢

إذا تصرف الراهن بغير العتق - لا يجوز للراهن وطء أمته المرهونة

٢٧٣

إذا أولد الراهن الجارية المرهونة - إذا كان الوطء بإذن المرتهن

٢٧٤

إذا ضرب الراهن الأمة المرهونة بإذن المرتهن فتلفت - إذا أقر الراهن بالوطء

٢٧٥

لا يحل للمرتهن وطء الجارية المرهونة

٢٧٦

إذا جنى العبد المرهون

٢٧٧

إذا كانت الجناية على سيد العبد

٢٧٨

إذا جنى العبد المرهون على عبد لسيده

٢٧٩

إذا كانت الجناية على عبد لسيد العبد المرهون

٢٨٠

إذا كانت الجناية على مكاتب السيد - إذا جرح العبد المرهون أو قتل

إذا أقر رجل بالجناية على الرهن - إذا كان الرهن أمة حاملاً فضرب بطنها أجنبى فألقت

٢٨٢

جنيناً - إذا اشترى منه سلعة على أن يرهنه بها شيئاً من ماله

٢٨٣

لو شرط. رهناً أو ضميناً معيناً فجاء بغيرهما

٢٨٤

إذا تعيب الرهن أو استحال المصير خيراً - إذا وجد بالرهن عيباً بعد أن حدث عنده عيب آخر

إذا لم يشترط. رهناً فى البيع فتطوع المشتري برهن - إذا تبايعا بشرط. أن يكون البيع

٢٨٥

رهناً - إذا شرط فى البيع رهناً فاسداً

الشروط فى الرهن تنقسم قسمين - إذ رهنه أمة فشرطاً أن تكون عند امرأة، أو ذى محرم -

٢٨٦

القسم الثانى الشروط الفاسدة فى الرهن

إذا اشترط المرتهن امتلاك الرهن - إذا لم يعرف الراهن الدين - إذا شرط الراهن الزيادة فى

٢٨٧

أجل الدين بسبب الرهن

صفحة

- إذا كان عليه ألف فرهن عبده بشرط أن يقرضه ألفاً آخر — إذا فسد الرهن وقبضه المرتهن —
 ٢٨٨ لا يفتنع المرتهن من الرهن بشيء بدون مقابل
 ٢٨٩ إذا شرط أن يفتنع المرتهن بالرهن — الرهن الذى يحتاج إلى مؤنة
 ٢٩٠ المرهون غير الخلوب والمركوب
 إذا أنفق المرتهن على الحيوان متبرعاً — إذا انتفع المرتهن بالرهن باستخدام أو ركوب ، أو
 ٢٩١ نحوها — أجرة الدار وخدمة العبد وحمل الشاة وجميع نماء الرهن من حق الراهن
 ٢٩٢ يتبع الأرض والدار المرهونين ما يتبعهما فى البيع
 ٢٩٣ ليس للراهن الانتفاع بالرهن — لا يمنع الراهن من إصلاح الرهن
 ٢٩٤ مؤنة الرهن على الراهن — سقى الثمرة وجذاذها وتسويتها على الراهن
 ٢٩٥ لا يجبر الراهن على إطراق الفحل لما شئته المرهونة — إذا احتاج العبد المرهون إلى خقان
 ٢٩٦ تأبير النخل المرهون على الراهن — كل زيادة تلزم الراهن يجبره الحاكم عليها
 ٢٩٧ إذا تلف الرهن بغير جناية من المرتهن — إذا تلف بجناية المرتهن
 يبقى الرهن أمانة فى يد المرتهن إذا استوفى دينه من الراهن — إذا قبض المرتهن الرهن
 ٢٩٨ فوجده مستحقاً — إذا اختلف الراهن والمرتهن فى قيمة الرهن
 ٢٩٩ إذا اختلفا فى قدر الرهن
 ٣٠٠ إذا كان على رجل ألفان أحدهما برهن والآخر بغير رهن — إذا اتفق المراهنان على قبض الرهن
 ٣٠١ إذا قال صاحب العبد لمن هو فى يده غصبته فقال بل رهنته — إذا رهن عبداً عند رجلين
 ٣٠٢ لو ادعى رجلان على رجل أنه رهنهما عبده — إذا أذن المرتهن للراهن فى بيع الرهن
 ٣٠٣ إذا حل الحق لزم الراهن الإبقاء — المرتهن أحق بثمن الرهن من جميع الغرماء
 إذا باع هو أو وكيله شيئاً وقبض الثمن فتلف — من استأجر داراً أو بعييراً بعمفه ثم أفلس المؤجر —
 ٣٠٤ لو باع سلعة ثم أفلس قبل تقبيضها
 ٣٠٥ إذا كان عند رجل رهون كثيرة لا يعرف أصحابها
 ٣٠٦ كتاب المفلس — إذا سأل الغرماء الحاكم الحجر على المدين لزمته إجابتهم
 ٣٠٧ إذا وجد الرجل عين ماله عند المفلس كان أحق بها

صفحة

- هل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي؟ - إذا بذل الغرماء الثمن لصاحب السلعة ليقتركما
لم يلزمه قبوله - إذا اشترى الفلاس سلعة في ذمته ٣٠٨
- من استأجر أرضاً ليزرعها فأفلس قبل مضي شيء من المدة - إذا أقرض رجلاً - الاثم أفلس المقرض
وعين المال قائم ٣٠٩
- إذا كانت السلعة قد تلف بعضها عند الفلاس - إذا باع الفلاس بعض المبيع أو وهبه - إذا
نقصت مالية المبيع لذهاب صفته مع بقاء عينه . ٣١٠
- إذا جرح العبد أو شج - إذا اشترى زيتاً غلطه بزيت آخر ٣١١
- إذا اشترى حنطة فطحنها أو زرعها - إذا كان حبا فزرعه فصار زرعاً ٣١٢
- إذا اشترى ثوباً فصبغه - إذا اشترى صبيفاً فصبغ به ثوباً - إذا اشترى ثوباً فقصره ٣١٣
- الشرط الثانى أن يكون المبيع زاد زيادة متصلة ٣١٤
- حكم الزيادة المنفصلة كالولد والتمر ٣١٥
- لو اشترى أمة حاملها ثم أفلس وهي حامل - لو اشترى حائلاً فحملت ٣١٦
- إذا كان المبيع نخلاً ٣١٧
- إذا أقر الغرماء بأن الزرع أو الطلع للبائع ٣١٨
- إن صدق الفلاس البائع في الرجوع قبل التأخير ٣١٩
- إن أقر الفلاس أنه أعنق عبده منذ شهر - إن كان المبيع أرضاً فبناها المشتري ٣٢٠
- إذا اشترى غراساً ففرسه في أرضه ٣٢١
- إذا اشترى أرضاً من رجل وغراساً من آخر ففرسه فيها - الشرط الثالث ألا يكون البائع
قبض من ثمنها شيئاً ٣٢٢
- الشرط الرابع أن يكون تعلق بها حق الغير - وإن كان عبداً فأفلس المشتري بعد تعلق أرض
الجناية برقبته . ٣٢٣
- وإن أفلس بعد خروج المبيع من ملكه - إن كان المبيع شقصاً ٣٢٤
- إذا كان المبيع صيداً فأفلس المشتري - إذا أفلس وفي يده عين مال دين بائعها مؤجل -
رجوع البائع في المبيع فسخ للمبيع ٣٢٥
- الفلاس في الدعوى كغيره - لا يحل الدين المؤجل بالفليس ٣٢٦

صفحة

- ٣٢٨ هل يمنع الدين نقل التركة إلى الورثة - كل ما فعله المفلس في ماله قبل الحجر فحائز
- ٣٣٠ الحجر يمنع نفاذ تصرف المحجور عليه - هل يجوز للمفلس إعتاق بعض رقيقه
- ٣٣١ يستحب إظهار الحجر وإعلانه - إذا ظهر غريم بعد الحجر وتقسيم المال رجع على الفرمان بفسطه - إذا كان المفلس دار مستأجرة فأنهدمت بعد قبض المفلس الأجرة
- ٣٣٢ ينفق على المفلس وعياله بالمعروف من ماله - إذا مات المفلس كفن من ماله
- ٣٣٣ لا تباع دار المفلس التي لا غنى له عن سكناها
- ٣٣٤ إذا كان له داران بيعت إحداها
- إذا كان المفلس ذا صنعة يكسب منها نفقته - إذا تلف شيء من مال المفلس تحت يد الأمين -
- ٣٣٥ إذا اجتمع مال المفلس قسم بين غرمائه
- ٣٣٦ إذا فرق مال المفلس وبقيت عليه بغية وله صنعة
- ٣٣٧ لا يجبر المفلس على قبول هدية ولا صدقة - إذا فرق مال المفلس فهل ينفك عنه الحجر ؟
- إذا ثبت إعسار المفلس لم يكن لأحد مطالبته ولا ملازمته - من ادعى الإعسار حبس حتى يأتي بيينة
- ٣٣٨
- ٣٤١ تجوز ملازمة المومر الممتنع عن قضاء دينه - إذا مات وتبين إفلاسه لم يأخذ أحد عين ماله
- ٣٤٢ للدائن منع المدين بدين حال من السفر
- ٣٤٣ كتاب الحجر - من أونس منه رشد دفع إليه ماله
- ٣٤٥ الفصل الثالث في البلوغ
- ٣٤٦ الأقوال في سن البلوغ
- ٣٤٧ خروج المني من الخنثى علامة على بلوغه - وكذلك الجارية
- ٣٤٨ للموأة الرشيدة التصرف في مالها
- ٣٤٩ هل يجوز للمرأة الصدقة من مال زوجها ؟
- ٣٥٠ الرشد هو الصلاح في المال
- ٣٥١ يعرف رشد القاصر باختباره
- ٣٥٢ إذا رشد الشخص ثم عاود السفه حجر عليه - لا يجبر عليه إلا الحاكم

صفحة

- من عامل المحجور عليه فهو المتلف لماله - الحكم في الصبي والمجنون كالحكم في السفية -
 لا ينظر في مال الصبي والمجنون إلا الأب أو وصيه أو الحاكم ما دام في الحجر
 ٣٥٣ يؤخذ بإقرار المحجور عليه - إذا عفا المقر له عن القصاص على مال - إذا خالع صح خامه -
 ٣٥٤ إذا أعتق لم يصح عتقه
 ٣٥٥ إذا تزوج صح النكاح - ويصح تدبيره
 ٣٥٦ إذا أقر بنسب قبل منه - إن أقر بدين لم يلزمه في حال حجره
 ٣٥٧ هل يصح لولى السفية الإذن له في البيع والشراء - كتاب الصلح - الصالح الذى يجوز
 ٣٥٩ إذا ادعى على رجل وديعة أو قرضا - إذا صالح عن المنكر أجنبي
 ٣٦٠ إذا صالح الأجنبي المدعى لنفسه
 ٣٦١ إذا قال الأجنبي أنا وكيل المدعى عليه - لا يجوز الصلح على حق بيمضه
 ٣٦٢ ما يجوز الصلح عليه - القسم الثانى الإبراء .
 ٣٦٣ القسم الثالث الهبة .
 ٣٦٤ إذا ادعى على رجل يدين فصالحه على بيمضه - إذا صالحه بخدمة عبده سنة
 إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر به مصالحة على دراهم - إذا حصلت أغصان شجرته في
 ٣٦٥ هواء ملك غيره
 ٣٦٦ إذا صالحه على إقرارها بجزء معلوم
 ٣٦٧ إذا صالحه على المؤجل بيمضه حالا - يصح الصلح عن المجهول .
 ٣٦٨ لا يصح الصلح على المجهول
 ٣٦٩ يصح الصلح عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه - إذا صالح عن القصاص بمبد
 إذا صالح عن القصاص بحر يعلان حريقه - إذا صالح على موضع قناة من أرضه - إذا
 ٣٧٠ صالح على إجراء ماء سطحه من المطر على سطح رجل آخر
 إذا أراد أن يجرى ماء في أرض غيره لغير ضرورة - إذا صالح رجلاً على أن يسقى أرضه من
 ٣٧١ نهري يوماً أو يومين .
 ٣٧٢ لا يصح الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه - إذا صالحه على مال ليقر له بالعبودية
 ٣٧٣ إذا صالح شاهداً على ألا يشهد عليه - حكم إشراع الروشن ، وعمل الساباط

صفحة

- لا يجوز أن يبنى في الطريق دكانا — حكم بناء الدكان وإخراج الروشن والسباط على طريق
غير نافذ ٣٧٤
- لا يجوز أن يحفر بئرا في الطريق النافذة — لا يجوز لإخراج الميازيب إلى الطريق الأعظم ٣٧٥
- لا يجوز أن يفتح في الحائط المشترك طاقا — حكم وضع الخشب على حائط الجار — حكم
وضعه في جدار المسجد ٣٧٦
- من له وضع خشبه على جدار غيره لا يملك إعارته ولا إجارته ٣٧٧
- حكم وضع الخشب على جدار الجار بعوض ٣٧٨
- إذا ادعى رجل دارا في يد أخوين — إذا تداعى نفسان جدارا معقودا ببناء كل واحد منهما ٣٧٩
- حكم ترجيح الدعوى بالخشب الموضوع في الجدار ٣٨٠
- حكم ترجيح الدعوى بالتزويق والتحسين — إذا تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة
التي يصعد منها ٣٨٢
- إذا تنازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر — إذا تهدم الحائط المشترك وطلب أحد
الجارين إعادته ٣٨٣
- إذا طلب أحد الجارين بناء حائط بينهما ٣٨٤
- إذا هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما — إذا اتفقا على بناء الحائط
مناصفة ٣٨٥
- إذا كان بينهما نهر أو قناة واحتاج إلى عمارة — إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ ٣٨٦
- إذا كان لرجل داران ظهر كل منهما إلى الأخرى — إذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ٣٨٧
- ليس للجار أن يتصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره — إذا كان سطح أحدهما أعلى من
سطح الآخر ٣٨٧
- إذا كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولاً ٣٨٩
- كتاب الحوالة والضمان ، شروط صحة الحوالة ٣٩٠
- إذا أحال من لا دين له فليست حوالة — الشرط الثالث أن تسكون بمال معلوم ٣٩٢
- الشرط الرابع أن يحيل برضائه ٣٩٣
- من أحيل بحقه على ملء وجب أن يحتمل ٣٩٤

- ٢٩٥ الحوالة بالحوالة —
- ٢٩٦ إذا اختلف هل هى إحالة أو وكالة
- ٣٩٧ إذا قال : أحلتك بدينك فقال : بل وكلتني
- ٣٩٩ إذا أحال الضامن صاحب الدين به - باب الضمان
- ٤٠٠ هل يعتبر معرفة الضامن للمضمون له والمضمون عنه ؟
- ٤٠٢ فصل فيما يصح ضمانه
- ٤٠٣ حكم ضمان الممهدة ، حقيقة الممهدة
- ٤٠٤ ألفاظ ضمان الممهدة
- ٤٠٥ فصل فيمن يصح ضمانه
- ٤٠٦ إذا ضمن الدين الحال مؤجلا صح
- ٤٠٧ إذا ضمن ديننا مؤجلا عن إنسان فمات أحدهما
- ٤٠٨ لا يبرأ المضمون عنه إلا بأداء الضامن
- لصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن والمضمون — يبرأ الضامن إذا أبرىء المضمون عنه — يصح ضمان الضامن
- ٤٠٩ لا يصح أن يضمن المضمون عنه ضامنه — يجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنين — إذا أدى الضامن رجع على المضمون عنه
- ٤١٠ يرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين
- ٤١١ للضامن مطالبة المضمون عنه قبل الأداء — إذا ضمن الضامن ضامن آخر ، فقضى أحد الثلاثة برئوا جميعا
- ٤١٢ لو ادعى ألفا على حاضر وغائب — إذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له
- ٤١٤ لا يدخل الضمان والكفالة خيار
- ٤١٥ حكم ضمان الاشتراك — حكم الكفالة بالنفس — حكم الكفالة بالبدن ، والوجه والشخص
- ٤١٦ تصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره مجلس الحكم — لا تصح الكفالة ببدن من عليه حد
- حكم الكفالة بالمكاتب — تصح الكفالة حالة ومؤجلة — يشترط تسليم المكفول به فى المكان المعين فى عقد الكفالة
- ٤١٧ حكم الكفالة إلى أجل مجهول — إذا تكفل برجل وإلا لزمه ما عليه
- ٤١٨

صفحة

- ٤١٩ إذا كفّل بيدن فلان على أن يبرأ فلان — إذا تكفّل اثنان بواحد
لو تكفّل واحد لاثنتين — تفتقر صحة الكفالة إلى رضى الكفيل — الكفالة تلزم المباشرة
لهادون الأمر بها — إذا مات المكفول به برىء الكفيل وسقطت الكفالة
٤٢ اختلاف الكفيل والمكفول له في براءة المكفول به — إذا أبرأ المكفول له الكفيل —
٤٢١ إذا تكفّل ذمى لذمى بخمر فأسلم المكفول له أو المكفول عنه
إذا قال : أعط فلانا ألفاً ففعل — إذا كانت السفينة في البحر فألقى بعض ركابها متاعه —
٤٢٢ إذا قام كفيلان بالدين فأحال رب المال رجلاً بدينه على المدين

تمت الفهرست